

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DROITS DU PÈRE DE FAMILLE

SUR LA

PERSONNE DE L'ENFANT

DROIT FRANÇAIS

DE LA DÉCHÉANCE

DE LA

PUISSANCE PATERNELLE

(LOI DU 24 JUILLET 1889, TITRE 1^{er})

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS
sera soutenu le Vendredi 22 Mars 1895, à 4 heure

PAR

Emile TÉTU

Juge Honoraire

Président : M. HENRY MICHEL, *professeur*

Suffragants { MM. GLASSON, { *professeurs*
LEFEBVRE, {
CHÉNON, *agrégé*

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, ÉDITEUR

LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

24, RUE SOUFFLOT, 24

1895



A LA MÉMOIRE
DE MA MÈRE

A MON PÈRE

THÈSE DE DROIT ROMAIN

DROITS DU PÈRE DE FAMILLE

SUR

LA PERSONNE DE L'ENFANT

INTRODUCTION

Il est peu de questions plus intéressantes que celle de la puissance paternelle. Il y en a également peu qui aient reçu tant de solutions différentes à travers les siècles.

Quand on se reporte aux premiers temps de Rome, où le pouvoir du père était si absolu, et qu'on voit à quel point il est amoindri et limité de nos jours, on a peine à croire qu'il s'agisse des

mêmes personnes juridiques, attachées l'une à l'autre par les mêmes liens de famille.

On peut dire de la puissance paternelle, considérée dans son origine, ce que l'orateur romain disait de la défense de soi-même : « *Est hæc non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa arripuimus, hausimus ; ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus* (1). »

L'histoire nous montre la puissance paternelle comme l'une des plus grandes que les premiers âges du monde aient connues. Si le père y trouvait la sauvegarde de son autorité, le fils en retirait une longue protection. C'était, à la bien considérer, le droit pour celui-ci d'avoir un guide, un soutien dans sa jeunesse, un consolateur dans ses maux, et un ami pendant toute sa vie.

A Rome, le droit du père avait revêtu un caractère tout particulier. La puissance paternelle s'y exerçait d'une façon absolue, dont on ne trouverait d'exemple chez aucun autre peuple.

Nous lisons aux *Institutes* : « *Jus autem potestatis quod in liberos habemus, proprium est civium romanorum, nulli enim alii sunt homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus* (2). »

(1) MERLIN, *Puissance paternelle*, section I.

(2) *Inst*, livre 1, titre IX.

Les Galates seuls paraissent avoir conféré aux pères de famille une puissance analogue sur leurs enfants, si nous nous en rapportons au témoignage de Gaius : « *Nec me præterit Galatarum gentem credere, in potestate parentum liberos esse* (1). »

Pour arriver à la définition précise de l'expression de père de famille, il faut connaître la constitution de la famille romaine aux premiers temps de Rome.

La famille naturelle, formée par le lien du sang, n'était la source d'aucun droit; elle était seulement un obstacle légal au mariage entre proches parents.

Seule, la famille civile, composée uniquement des agnats, ayant pour fondement la puissance paternelle, engendrait des droits.

Chaque famille formait une société particulière, à la tête de laquelle se trouvait un chef, maître de lui-même, *sui juris*, et ayant en sa puissance sa femme, ses enfants, ses esclaves, qui étaient tous des personnes *alieni juris*.

« *Sui juris sunt, familiarum suarum principes, id est, paterfamilie itemque...* (2). »

Ses fils, à tout âge, ses filles non mariées, les descendants de ses enfants par les mâles, sa

(1) GAIUS, *Inst., Commentaires*, 1, § 53.

(2) ULPEN, *Régular.*, livre 1, titre IV.

femme quand elle était *in manu*, enfin les hommes libres qu'il avait *in mancipio*, formaient un groupe compact dont il dirigeait les actions, administrait à sa guise le patrimoine commun, et dont il disposait en pleine liberté.

L'agnation, lien de la famille civile, le seul qui fût important, dérivait de la soumission présente ou passée à la puissance du même chef, et même de la considération rétrospective que deux personnes auraient pu se trouver sous la même puissance, si elles étaient nées plus tôt.

Les Romains attachaient à cette qualité d'agnats tous les droits de famille, ceux de tutelle et de succession, en particulier.

L'agnation qui, en cas d'adoption, ne formait qu'un lien civil entre le père et le fils adoptif, se doublait du lien naturel de la cognation, lorsqu'elle résultait des justes noces.

Quant à la cognation seule (lien du sang uniquement), elle n'engendrait aucun droit de famille et demeurait à l'écart dans la théorie de la puissance paternelle.

La parenté par les femmes ne faisait jamais entrer dans la famille. Une femme même *sui juris* n'avait jamais ses enfants en sa puissance.

C'est ce que dit Ulpien : « *Mulier autem familiæ suæ et caput et finis est* (1). »

Tous les liens de parenté naturelle, de parenté par le sang, formaient la cognation. Elle comprenait les parents par les femmes, et parmi les parents par les hommes, ceux qui n'étaient pas agnats.

Dans la famille romaine ainsi constituée, à qui appartenait le titre de père de famille ? Quels étaient les droits attachés à ce titre ?

Le chef de l'association, le *paterfamilias*, était celui qui n'était en puissance de personne, et qui avait autorité sur toute sa famille.

On pouvait être *paterfamilias* à tout âge, même en naissant, si on était *sui juris* à ce moment.

L'expression romaine ne correspondait pas à l'idée de paternité, mais à l'idée de puissance et d'autorité.

Ce titre était, d'après M. Fustel de Coulanges, synonyme de *rex*, (2).

La famille constituait un petit État dans l'État. Le chef en était le souverain.

L'autorité religieuse venait compléter et fortifier l'autorité civile, ou peut-être serait-il plus exact de dire qu'elle en était la source même.

(1) *Dig.*, livre 50, titre XVI, loi 195, § 5.

(2) FUSTEL DE COULANGES, *La Cité antique*, livre 1, chap. 8.

Le père de famille était le pontife du culte domestique. La femme et les enfants n'avaient pas de culte individuel, ils participaient seulement aux *sacra familiae*. Ils n'avaient pas davantage de patrimoine à eux, tout ce qu'ils acquéraient appartenait au *paterfamilias*, du moins pendant les premiers temps.

Toute acquisition s'englobait dans le patrimoine de la famille. Les enfants trouvaient aide et protection dans leur chef.

La puissance paternelle était organisée avant tout dans l'intérêt du père, qui était réputé le gardien et le promoteur de l'intérêt commun.

Mais la création originale du législateur romain visait encore plus haut. Elle atteignait en outre un but politique, la loi voulant assurer la conservation des idées religieuses par l'unité du culte privé, la conservation des fortunes par l'unité du patrimoine, et enfin la conservation des mœurs et des traditions nationales par la souveraineté d'une seule volonté (1). Chaque famille composait une petite cité, où régnait le père, qui, dans la famille, était prêtre, administrateur et juge.

Si rapide que soit cet exposé, il nous fait comprendre à quel point la famille romaine était diffé-

(1) ACCARIAS, *Précis du Droit romain*.

rente de la nôtre, et avec quelle force avaient été formés entre ses membres les liens dérivant de la puissance paternelle.

Quelle avait pu être l'origine d'une institution inconnue de presque toute l'antiquité et restreinte au peuple romain ?

Les nécessités de sa formation firent de cette nation un peuple guerrier. Dans sa constitution première tout était subordonné à l'organisation militaire. Les mots eux-mêmes le révélaient. Les Romains étaient les Quirites, les hommes à la lance. Par la lance, ils acquirent leur territoire, leur avoir, leurs compagnons, même leurs femmes, d'après leur épopée nationale. Leurs esclaves étaient un butin, leurs femmes également; les enfants qui en étaient issus étaient une provenance de leur chose. C'est ainsi que s'alliait, dans leur esprit, avec les traditions populaires sur leurs premières origines, la règle que le chef de famille, *paterfamilias*, avait sur ses esclaves, sur sa femme et ses enfants, non pas une puissance ordinaire, mais un droit de propriété pleine et entière (1).

Ihering nous représente d'une manière saisissante la constitution militaire et politique des premiers Romains.

(1) ORTOLAN, *Histoire de la Législation romaine*.

« L'union politique des races, à Rome, ressemble à une pyramide. La base est formée par trois cents gentes qui produisent, en se resserrant par dégradations successives, trente curies, puis trois tribus, puis enfin le sommet personnel de tout l'édifice, le roi. La royauté, ainsi que les curies et les tribus, appartiennent à la constitution militaire. Les gentes appartiennent seules au principe de famille. La gens est l'identité de la famille et de l'État; c'est, si l'on veut, une famille avec un caractère politique, ou une société politique avec un caractère familial (1). »

Chaque membre de la gens y trouvait protection et soutien et était soumis, par contre, à des restrictions dans l'intérêt de la gens.

C'est dans l'organisation militaire, avec ses divisions régulières, qu'il faut chercher l'origine de la puissance paternelle.

C'est la constitution militaire qui détermine les formes fondamentales de l'État. Les intérêts religieux et politiques viennent ensuite s'y adapter.

La curie est une division permanente de l'armée, la gens également. Le peuple romain avait le bonheur de posséder une constitution qui le tenait, dans la paix comme dans la guerre, sous le joug de la discipline militaire (2).

(1) IHERING, *De l'Esprit du Droit romain*.

(2) Idem.

Mais c'est surtout dans la gens que nous devons chercher l'origine de la puissance paternelle. Qu'entendait-on par ce mot ? Une gens était la réunion de personnes qui, en remontant si haut que ce fût parmi leurs aïeux, n'en trouvaient aucun qui eût jamais été en servitude ni en une sujétion quelconque (*quorum majorum nemo servitutem servivit*) (1). C'est aux membres de ce groupe qu'on appliqua, à l'origine, le nom d'ingénus (*in gente nati*), désignant ainsi ceux qui avaient une généalogie, qui pouvaient remonter à des aïeux libres de tout assujettissement.

Les patriciens seuls formaient la gens qui se composait de différentes branches sorties d'une souche commune, et reliées entre elles par les liens de l'agnation.

A la gens patricienne se rattachaient deux races subordonnées, celle des clients avec leur descendance, et celle des affranchis et de leurs descendants. Les clients comme les affranchis étaient liés au culte et aux sacrifices particuliers de la gens (*sacra gentilitia*).

Les patriciens de la gens, en leur qualité de gentils, avaient des droits de tutelle et d'hérédité légitime sur les biens des clients, des affranchis et de leur descendance.

(1) CICERON, *Topiques*, § 6.

Le client dépendait donc, lui et les siens, de la gens du patricien, son patron. Il était compris dans la famille de celui-ci. Cette autorité du patron s'étendait aux biens, aux esclaves, aux affranchis, aux clients, comme aux autres personnes placées à un titre ou à un autre sous la puissance du chef.

Dans l'organisation par gentes, on appelait *patres* les chefs de famille de la classe supérieure tenant la plèbe en leur puissance, et *patricii* tous les membres de cette classe, chefs ou fils de famille. Ces noms de *patres*, *patricii*, n'ont pas été puisés à d'autres sources qu'à celles de la puissance. Ce n'était pas l'idée de tendresse, c'est celle de puissance qu'ils exprimaient (1).

C'est par le même motif que le chef de famille a été appelé *pater* (*paterfamilias*), de même que celui qui exerce son autorité sur les affranchis et les clients a été nommé *patronus*, diminutif du mot *pater*, son pouvoir étant moins grand sur eux que celui du père de famille sur ses esclaves et ses enfants.

Ainsi s'explique le pouvoir absolu du père de famille sur tous ceux qui dépendaient de lui. Sa puissance était d'autant plus grande que le cercle était plus étroit, et qu'il exerçait plus directement son autorité sur ceux qui relevaient de lui.

(1) ORTOLAN, *Histoire de la Législation romaine*.

Une puissance si différente de la nôtre s'explique facilement par suite de la constitution essentiellement militaire du peuple romain qui s'appuyait sur une autorité absolue et une discipline inflexible. Ce pouvoir était à la vérité excessif, mais il avait sa grandeur. Comme tous les principes absolus, il présentait des dangers, mais il avait aussi de réels avantages, et nous ne pouvons mieux faire que de dire avec l'éminent professeur de Göttingue : « La plupart des vertus antiques de Rome, l'économie, la simplicité, l'amour de l'ordre, la chasteté, la fidélité, ont précisément le rapport le plus intime avec la vie domestique et la famille; elles trouvent dans cette dernière leur cause morale, leur point de départ et leur milieu vivifiant (1). »

Il n'est pas étonnant dès lors de voir l'admirateur de la nation romaine, Montesquieu, faire l'éloge de la puissance paternelle qu'elle avait si solidement organisée.

« Il faut avouer, dit-il, en parlant des législateurs, que quelques-uns d'entre eux ont eu une attention qui marque beaucoup de sagesse, c'est qu'ils ont donné aux pères une grande autorité sur leurs enfants; rien ne soulage plus les magistrats, rien ne dégarnit plus les tribunaux, rien enfin ne répand plus de tranquillité dans un Etat, où les mœurs

(1) IHERING, *Esprit du Droit romain*,

font toujours de meilleurs citoyens que les lois. Les pères sont l'image du créateur de l'Univers qui, quoiqu'il puisse conduire les hommes par son amour, ne laisse pas de se les attacher encore par les motifs de l'espérance et de la crainte »; et, plus loin, Montesquieu ajoute : « On dit que les Français ont retenu des lois romaines un nombre infini de choses inutiles, et n'ont pas pris d'elles la puissance paternelle qu'elles ont établie comme la première autorité légitime (1).

Enfin, dans son ouvrage sur l'*Esprit des Lois*, le même auteur nous dit : « L'autorité paternelle est encore très utile pour maintenir les mœurs. Dans une république, il n'y a pas une force si réprimante que dans les autres gouvernements. Il faut donc que les lois cherchent à y suppléer, elles le font par l'autorité paternelle (2). »

Chef suprême de la religion domestique, prêtre du foyer, le père de famille n'y reconnaissait aucun supérieur. La cité même ne pouvait modifier le culte institué par lui.

Dépositaire unique de l'autorité domestique, le père de famille acceptait l'enfant à sa naissance ou le repoussait.

Il avait le droit de répudier la femme stérile ou

(1) MONTESQUIEU, *Lettres Persanes*, lettre LXXIX.

(2) Idem, *Esprit des Lois*, livre V, chap. VII.

adultère, de marier sa fille, de céder sa puissance sur elle-même à un autre, de marier son fils dans l'intérêt de la perpétuité de la famille (1), d'émanciper son fils, c'est-à-dire de l'exclure de la famille et du culte privé, d'adopter et d'introduire ainsi un étranger dans la famille, de donner en mourant un tuteur à sa femme et à ses enfants, il pouvait même vendre ses enfants et en faire l'abandon noxal.

Juge en sa maison, le père de famille pouvait en punir tous les membres et les condamner à mort. S'il frappait, c'était en vertu de son droit de justice.

Unique représentant de la communauté, le père de famille pouvait seul paraître en justice, le fils en étant primitivement exclu comme demandeur, défendeur, accusateur, accusé ou témoin. Telle fut, à l'origine, l'organisation du pouvoir absolu du père sur ses enfants.

Mais nous verrons, en étudiant chacun des principaux droits qui dérivèrent de la puissance paternelle, que plusieurs disparurent complètement plus tard, et que d'autres furent grandement modifiés.

(1) FUSTEL DE COULANGES, *La Cité antique*.

CHAPITRE PREMIER

Sources de la Puissance paternelle

Quelles étaient les sources de la puissance paternelle? Les Romains en connurent trois : les justes noces, l'adoption, la légitimation.

Quelques mots sur chacune d'elles :

SECTION I

Justes noces

Les expressions *matrimonium* ou *nuptiæ* s'appliquaient à tous les mariages, même à ceux des pérégrins. Mais on entendait par *justæ nuptiæ* le mariage du droit civil réservé aux citoyens romains.

Des justes noces découlaient la puissance paternelle et l'agnation. La femme prenait le nom d'*uxor*, le mari celui de *vir*.

Telle est la définition donnée par les *Institutes* :

« *Justas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminæ autem viri potentes, sive patresfamilias sint, sive filii familias, dum tamen si filii familias sint, consensum habeant parentum quorum in potestate sunt* (1). »

§ I. — Conditions des Justes noces

Trois conditions étaient exigées pour qu'il y eut justes noces : la puberté, le consentement, le connubium.

I. La puberté

La puberté, âge auquel la nature rend possible le mariage, et où la loi le permet.

La puberté finit par être légalement fixée à 12 ans pour les femmes, et à 14 ans pour les hommes.

II. Le consentement

Le consentement devait être donné non seulement par les conjoints, mais encore par ceux sous la puissance desquels ils se trouvaient.

(1) *Inst.*, livre 1, titre X.

C'est ce que disait Paul :

« *Nuptiæ consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt* (1) ».

Le consentement des époux devait être libre. Personne ne devait les contraindre à se marier malgré eux.

« *Non cogitur filius familias uxorem ducere* (2). »

Le consentement du père de famille était exigé comme une conséquence de sa puissance sur l'enfant; aussi le futur époux n'avait-il point, en principe, à consulter ceux de ses ascendants en puissance desquels il ne se trouvait pas. Un enfant donné en adoption n'avait à obtenir que le consentement de son père adoptif. Il n'en fut plus de même sous Justinien, lorsqu'un fils de famille fut donné en adoption à un étranger par son père naturel. Dans ce cas en effet le père naturel ne perdait aucun de ses droits (*Jura patris naturalis minime dissolvuntur*) (3). L'enfant libéré de la puissance paternelle n'avait à demander aucun consentement. Celui de la mère n'était jamais exigé, puisqu'elle n'avait pas la puissance sur ses enfants. Par exception, le petit-fils soumis, ainsi que son père, à la

(1) *D.*, 23, titre 2, loi 2.

(2) *D.*, 23, titre 2, loi 21.

(3) *Institutes*, livre 1, titre XI.

puissance de son aïeul, devait obtenir non seulement le consentement de l'aïeul sous la puissance duquel il se trouvait, mais encore celui de son père, car il pouvait plus tard lui donner des héritiers siens, et nul ne pouvait avoir d'héritiers de cette qualité, sans y avoir consenti, en autorisant le mariage duquel ils étaient nés.

III. *Le connubium*

Qu'entendait-on par ce mot ? D'abord, dans un sens large, il s'appliquait à la capacité générale de contracter mariage (*connubium est uxoris jure ducendæ facultas*) (1) ; puis, dans un sens restreint, spécialement visé ici, c'était la capacité de contracter le mariage en question, et l'absence des obstacles spéciaux qui auraient pu s'opposer à l'union projetée. Il s'agissait, en ce sens, de la capacité relative obligatoire entre les deux personnes qui voulaient se prendre pour mari et pour femme. Le *connubium* n'existait pas entre citoyens romains d'un côté, et latins ou pérégrins de l'autre, à moins que l'autorisation n'en eût été concédée.

« *Connubium habent cives romani cum civibus romanis, cum Latinis et peregrinis, ita si concessum sit* (2). »

(1) ULPEN, *Rég.*, livre 1, titre V, § 3.

(2) Idem, livre 1, titre V, § 4.

Aucun *connubium* n'existait avec les esclaves :
« *Cum servis nullum est connubium* (1). »

Tous les empêchements résultant de la parenté ou de l'alliance supprimaient le *connubium*.

D'autres empêchements résultaient de considérations politiques, ou étaient d'ordre public.

Pendant plusieurs siècles, les patriciens et les plébéiens n'eurent pas le droit de se marier d'une caste à l'autre. La loi Julia prohibait l'union des sénateurs avec des affranchies.

« *Lege Julia prohibentur uxores ducere senatores quidem, liberique eorum, libertinas, et quæ ipsæ, quarumve pater materve artem ludicram fecerit* (2). »

Elle leur défendait, ainsi qu'aux ingénus, d'épouser des comédiennes, des prostituées, des femmes surprises en adultère, ou condamnées sur une accusation publique.

« *Cæteri autem ingenui prohibentur ducere lenam, et a lenone lenave manumissam, et in adulterio deprehensam, et judicio publico damnatam, et quæ artem ludicram fecerit* (3). »

Pour des motifs d'ordre moins élevé, un tuteur

(1) ULPIN, *Rég.*, livre 1, titre V, § 5.

(2) Idem, livre 1, titre XIII, § 1.

(3) Idem, livre 1, titre XIII, § 2.

ne pouvait pas épouser son ancienne pupille, une femme adultère son complice.

Lorsque les trois conditions exigées pour le mariage étaient remplies, les noces étaient *justæ*.

§ II. — Formes du Mariage

Quelques mots sur la forme du mariage.

Suivant l'opinion généralement reçue, le seul consentement des époux suffisait.

M. Ortolan voit au contraire dans le mariage un contrat réel qui exigeait, en outre du consentement, la tradition réelle de la femme au mari, tradition réalisée d'ailleurs sans formes solennelles, et suivant les règles communes du droit romain sur la tradition.

Il admet d'ailleurs qu'une tradition réelle n'était pas absolument nécessaire et qu'une quasi-tradition, ou mise quelconque de la femme à la disposition du mari, suffisait pour la perfection de l'union conjugale. Le texte suivant lui sert d'argument. « *Non est corpore et actu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu* (1). » Le texte ajoute que dans le cas où l'objet de la vente ne peut être transporté, s'il s'agit par exemple de colonnes, la tradition résulte du consentement

(1) *D.*, 44, loi 1, titre II, § 24.

donné en présence de l'objet vendu : « *Nam pro traditis eas haberi, si in re præsenti consenserint* (1). »

On conçoit que, dans l'exemple cité, l'impossibilité d'effectuer la tradition réelle ait fait admettre la tradition consensuelle. Mais il ne semble pas que la quasi-tradition fût nécessaire en matière de mariage, la mise à la disposition de la femme au mari étant chose très possible.

Une troisième opinion, fort accréditée aujourd'hui, développant celle de M. Ortolan, admet la validité du mariage, du moment que la femme était mise à la disposition de son mari. De là une distinction fort simple. Le mari était-il présent, la femme se trouvait par là même à sa disposition, et le mariage était parfait, *solo consensu*. C'est la part de la première opinion, et l'application de la règle d'Ulpien.

« *Nuptias non concubitus, sed consensus facit* (2). »

Le mari, au contraire, était-il absent, la *deductio in domum mariti* était nécessaire pour bien attester que la femme avait été mise à la disposition de son mari. Cette troisième opinion s'appuie sur un texte de Paul aux *Sentences* :

(1) *D.*, 44, loi I, titre II, § 21.

(2) *D.*, 50, titre XVII, loi 30, ULPPIEN.

« *Vir absens uxorem ducere potest, femina absens nubere non potest* (1) ».

et sur la loi 5 *De ritu nuptiarum* :

« *Mulierem absenti per litteras ejus, vel per nuncium posse nubere placet, si in domum ejus deduceretur* (2). »

D'après ces deux textes, une femme absente ne pouvait se marier, un homme absent le pouvait, pourvu que la femme fût conduite au domicile du mari. Celui-ci devait donner son consentement par lettre ou par message. Le mari avait ainsi sa femme à sa disposition, tandis que, si la femme était absente, le consentement réciproque ne pouvait faire qu'elle fût à la disposition du mari.

La loi 33 *De ritu nuptiarum* semble, dit-on, s'opposer à cette solution. Lorsque deux époux divorcés se réconciliaient, le mariage était réputé avoir subsisté dans l'intervalle du divorce et de la réconciliation ; or, dans cet intervalle, la femme n'était pas à la disposition du mari ; cette condition n'était donc pas nécessaire pour les justes noces.

Cette déduction paraît singulière. Pourquoi ne dirait-on pas également que, pendant l'intervalle, les époux n'avaient pas consenti à être mariés, d'où l'on

(1) *Pauli sent.*, livre II, titre XIX, § 8

(2) *D.*, livre II, loi 5.

pourrait conclure que le consentement même n'était pas nécessaire pour le mariage?

Ce texte s'explique d'ailleurs par son origine. Il est tiré d'un Commentaire sur les lois caducaires et signifie que le mariage est réputé avoir subsisté, afin d'écarter l'application de ces lois aux deux divorcés réconciliés.

SECTION II

Légitimation

Pendant une longue suite de siècles, un homme n'avait aucun moyen de soumettre à sa puissance les enfants qui lui naissaient hors des justes noces.

Plus tard, la légitimation fut organisée pour certaines catégories de ces enfants que le père de famille voulait soumettre à sa puissance. Quatre modes lui furent successivement offerts par les empereurs chrétiens pour atteindre ce but : le mariage subséquent, l'oblation à la curie, le testament, le rescrit impérial.

La légitimation des enfants issus du concubinat était seule permise. Les *Spurii* ou *vulgo concepti* ne jouissaient pas de la même faveur.

La légitimation exigeait le consentement de l'intéressé, ou tout au moins fallait-il qu'il ne s'y opposât pas.

« *Inviti filii naturales non rediguntur in patriam potestatem* (1). »

(1) *D.*, livre I, titre VI, loi XI, MODESTIN.

Si le père choisissait le mode de légitimation par mariage subséquent, il ne suffisait pas que le mariage fût célébré, encore fallait-il qu'aucun obstacle à sa célébration n'eût existé entre les parents lors de la conception de l'enfant (*cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat*) et qu'on dressât un acte dotal (*dotalibus instrumentis compositis*).

Le père voulait-il recourir au second mode, à l'oblation à la curie, il devait assurer à son enfant une fortune suffisante pour remplir son rôle de curion. La curie était le Sénat local dont les membres (curiaux) occupaient le premier rang dans la ville et jouissaient de certains privilèges. Par contre, ils étaient assujettis à des obligations onéreuses, à de lourdes responsabilités, relatives spécialement à la rentrée de l'impôt. Aussi cherchait-on à se soustraire à une dignité aussi lourde.

Pour assurer le recrutement de la curie, les empereurs décidèrent que l'enfant naturel offert à la curie aurait, sur la fortune de son père, les droits de succession qu'il aurait eus s'il avait été légitime.

« *Si quis naturalem duntaxat fœcunditatem sortiatur, seu liber ipse, seu curiæ sit nexibus obligatus, et tradendi filios naturales ejus civitatis curiæ, unde ipse oritur, et in solidum heredes scribendi, liberam ei concedimus facultatem (1).* »

(2) *Code*, livre V, titre XXVII, loi III.

L'oblation à la curie devint donc un mode de légitimation qui fit tomber l'enfant légitimé sous la puissance paternelle. Sous Justinien, cette faculté de légitimer fut accordée non seulement à ceux qui n'avaient que des enfants naturels, mais même à ceux qui avaient aussi des enfants légitimes. Ce mode de légitimation, naturellement restreint aux riches, exigeait, comme le précédent, le consentement de l'enfant. Celui qui bénéficiait d'une légitimation, par oblation à la curie, n'entrait pas dans la famille de son père, il n'acquerrait de droits que par rapport à celui-ci, et non à l'égard de ses parents.

Il était encore permis de légitimer les enfants naturels par rescrit. Mais, pour que le père, qui le demandait, pût l'obtenir, il fallait qu'il n'eût aucun enfant légitime et qu'il lui fût impossible d'épouser la mère de ses enfants.

Enfin, si un père n'avait pas légitimé ses enfants de son vivant, et qu'il en eût exprimé le désir par testament, ses enfants pouvaient s'adresser à l'Empereur, afin d'obtenir de lui un rescrit qui permit de les légitimer.

« *Si vero naturalium filiorum pater, moriens sub quodam prædictorum casuum scripserit testamento, velle sibi eos legitimos esse filios successores, etiam hujus rei damus licentiam, supplicantibus sic filiis*

post mortem patris, et ostendentibus patris testamentum (1). »

Il ne nous reste plus maintenant qu'à étudier l'adoption, troisième source de la puissance paternelle.

SECTION III

Adoption

L'adoption était l'acte par lequel une personne en faisait entrer une autre dans sa famille et obtenait sur elle la puissance paternelle.

Par suite de cet acte, l'adopté acquérait dans la famille de l'adoptant les droits d'agnation et de succession. Par contre il perdait les mêmes droits dans sa famille, succédant, comme disait Cicéron, au nom, aux biens, aux dieux domestiques : « *Heræditas nominis, pecuniæ sacrorum secutæ sunt* (2). »

L'adoption d'un *alieni juris* intéressait surtout le droit privé, le droit de la famille, et se faisait par des modes de droit privé.

Les mancipations successives épuisaient la puissance paternelle de celui qui donnait son fils en adoption, et l'*in jure cessio* qui les suivait transportait cette puissance sur la tête de l'adoptant.

(1) *Novelle*, LXXIV, chap. II, § 1^{er}.

(2) CICÉRON, *Pro domo*.

L'adoption des *sui juris* portait le nom d'adrogation.

Ici un chef de famille avec ses biens, avec les personnes soumises à son pouvoir, entrait en puissance d'autrui. Il abandonnait sa personnalité, voyait rayer son titre de père de famille sur les tables du cens, et participait désormais au culte privé de sa nouvelle famille. Les *sacra privata* de sa propre famille disparaissaient. La religion et la cité étaient intéressées à un changement si important. Aussi ne se produisait-il qu'avec le consentement du peuple. Une loi curiate votée sur la demande de l'adrogeant, après approbation des pontifes, autorisait l'adrogation.

Plus tard, trente licteurs réunis sous la présidence du magistrat remplaçaient les curies, qui avaient cessé de se réunir en comices.

Sous Justinien, toutes les formalités anciennes disparurent. Un rescrit du prince suffit pour l'adrogation, et l'autorité du magistrat pour l'adoption de l'*alieni juris* : « *Adaptio autem duobus modis fit, aut principali rescripto, aut imperio magistratus* (1). »

En dehors de ces différences de formes, une innovation plus importante fut introduite par Justinien dans l'adoption des *alieni juris*.

(1) *Institutes*, livre I^{er}, titre XI.

Lorsque le fils de famille était donné en adoption à un *extraneus*, à tout autre qu'un de ses ascendants, il conservait dans sa famille naturelle ses droits d'agnation et de succession, et demeurait en puissance de son père naturel.

Les droits de l'adopté dans sa famille adoptive se réduisaient à un droit d'hérédité dans la succession de l'adoptant.

L'adoptant pouvait d'ailleurs priver l'adopté de tout droit dans son testament : « *Licentiam damus tali adoptivo patri, id est, extraneo, si voluerit, nihil ei testamento suo relinquere, sed quidquid ei reliquerit, hoc liberalitatis sit, et non legitimo vinculo adstrictum* (1). »

Lorsque, dans la seconde hypothèse, l'adoptant était un ascendant de l'adopté, les anciens effets de l'adoption se produisaient, l'enfant passait sous la puissance de l'ascendant qui l'adoptait (*Manet stabile jus patris adoptivi*).

On peut s'étonner qu'un ascendant ait adopté son descendant, puisque la puissance paternelle appartenait au chef de famille, mais cela se comprend facilement quand on se reporte aux règles qui régissaient la famille romaine.

Un aïeul maternel n'avait pas les enfants de

(1) *Code*, livre VIII, titre XLVIII, loi X, § I^{er}.

sa fille sous sa puissance, un petit-fils né après l'émancipation de son père n'était pas sous la puissance de son aïeul paternel ; dans ces cas, et dans d'autres analogues, l'adoption était le seul moyen donné à l'ascendant pour obtenir la puissance paternelle sur son descendant.

L'adoption en général était soumise à des conditions assez rigoureuses, inutiles à énumérer ici. Nous nous contenterons de rappeler seulement que pour l'adrogation d'un impubère le magistrat devait s'assurer que les motifs de l'adoption étaient honnêtes (*an honesta sit, expediatque pupillo*). L'adrogeant devait en outre donner à une personne publique caution pour le cas où le pupille mourrait avant sa puberté, de restituer les biens de celui-ci à ceux qui, sans l'adoption, lui auraient succédé.

La caution garantissait également que l'adrogeant n'émanciperait l'adrogé qu'après avoir fait approuver par les magistrats les motifs de l'émancipation, et en lui restituant ses biens.

A l'origine, les femmes ne pouvaient pas adopter, conséquence de leur exclusion des droits de puissance paternelle.

« *Fæminæ quoque adoptare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habent* (1). »

(1) *Inst.*, livre I^{er}, titre XI.

Plus tard, les empereurs permirent l'adoption à celles qui avaient perdu leurs enfants pour les consoler de cette perte (*ad solatium amissorum liberorum*), mais, bien entendu, sans leur donner pour cela la puissance paternelle.

L'adoption d'un esclave par son maître était un mode d'affranchissement.

Cette forme de manumission, déjà pratiquée dans l'ancien droit, fut consacrée par Justinien :

« *Eum servum quem dominus actis intervenientibus filium suum nominaverat liberum constituimus* (1).

(1) *Inst.*, livre I^{er}, titre XI.

CHAPITRE II

Droits du père sur la personne de l'enfant

Ces généralités sur la puissance paternelle terminées, indiquons l'ordre dans lequel nous étudierons successivement les droits du père sur la personne de l'enfant, ordre qui formera le plan de cette étude :

1. Droit d'éducation et de correction;
2. Droit de vendre l'enfant;
3. Droit de consentement au mariage ;
4. Droit d'abandon noxal.

Quant au droit d'émancipation, nous nous en occuperons lorsque nous étudierons les différents modes d'extinction de la puissance paternelle.

SECTION I

Droit d'éducation et de correction

C'est un droit autant qu'un devoir pour les parents d'élever leur enfants.

Il ne s'agit pas seulement pour un père de nourrir et de protéger ceux qui lui doivent l'existence ; il doit encore les instruire et les préparer aux luttes de la vie, en faire des citoyens utiles à l'État, en développant leurs aptitudes, et en les rendant dignes de leur famille et de la position sociale qu'ils peuvent occuper. Ces principes universels nous sont enseignés par la nature avant toute loi positive.

Nul doute que les Romains aient connu ces principes, car la raison présidait à leur législation.

Si le pouvoir du père de famille était sans bornes, celui-ci n'en connaissait pas moins les devoirs que sa conscience lui imposait envers les siens.

Mais cette partie de la tâche du père de famille semble être restée sinon inconnue au législateur romain, du moins pleinement subordonnée à la question absorbante de l'exercice de l'autorité paternelle.

« La discipline et l'éducation des enfants, dit Ihering, étaient plus sévères qu'aujourd'hui. La discipline rigoureuse qui régnait dans les familles, les habitudes d'ordre et d'obéissance qui s'y contractaient, tournaient à l'avantage de l'État. Le père avait un devoir d'éducation (1). »

Mais la nature de ce devoir avait un caractère

(1) IHERING, *De l'Esprit du Droit romain*.

tout national. Dans les idées romaines la vie de famille devait se développer par elle-même. Le chef de famille exerçait l'autorité non seulement dans son propre intérêt, mais aussi dans celui de ses subordonnés, voire même dans l'intérêt de l'Etat.

Elle n'était pas un simple devoir, elle était une fonction sociale.

Revenons au droit d'éducation.

A cet égard, le pouvoir du père de famille ne subissait aucune restriction.

Le droit de correction atteignait ses dernières limites. Disposer absolument du sens dans lequel serait dirigée l'éducation de l'enfant, réprimander, punir celui-ci jusque dans l'âge le plus avancé, n'étaient que les attributs secondaires, presque insignifiants de la puissance paternelle, auprès du plus absolu de tous les droits, celui de vie et de mort sur les fils et les filles soumis au pouvoir du père de famille. Qu'était-ce, à côté de cette rigueur suprême, le droit d'exhérer ses descendants ?

Etait-ce à titre de père que le père de famille exerçait ce pouvoir si exorbitant ? Non, c'était plutôt comme juge.

Il fallait en effet que le fils fût jugé avant d'être condamné à mort. A l'époque d'Ulpien, le père devait accuser son fils devant le préfet ou le président de la Province.

« *Inauditum filium pater occidere non potest, sed accusare eum apud præfectum præsidemve provincie debet* (1). »

A l'origine même ce n'était qu'après un examen et des débats sérieux que le père de famille prononçait sa sentence et la faisait exécuter. Si le père de famille croyait nécessaire d'exercer son droit de vie et de mort, *jus vitæ necisque*, rien n'était plus naturel que de réclamer l'assistance de la *gens*. Les tribunaux de famille trouvent leur point de départ dans l'organisation de la gentilité.

Lorsque la gentilité disparut, ce fut un tribunal de famille qui remplaça la *gens*. Il était composé des membres de la famille naturelle et même des amis. Le plus grand nombre des cas, où il est fait mention de la convocation des parents et amis, concerne l'exercice du *jus necis ac vitæ* sur les enfants. Le père réunissait les parents, leur exposait le fait et, ensuite, prononçait et exécutait le jugement délibéré en commun (2).

Une règle universellement suivie voulait d'ailleurs qu'il ne survint aucun événement important dans la famille, sans que les parents ne fussent appelés à y prendre part.

(1) *D.*, 48, 8, 2, ULPEN.

(2) IHERING, *De l'Esprit du Droit romain*

Si la convocation usuelle des parents pour l'exercice du droit de vie et de mort n'était pas législativement imposée, du moins était-il en général périlleux de s'y soustraire. De plus le père, dans l'exercice de sa *patria potestas*, ne pouvait perdre de vue que la patrie avait aussi un droit sur ses enfants (1).

Ne croyons pas du reste que dans sa famille le Romain fût le même homme que dans la vie publique : à l'armée, au prétoire, il ignorait la pitié ; au sein de sa famille, nous apprenons à le connaître sous un jour qui pourrait nous réconcilier avec la sévérité presque barbare des mœurs romaines. Grâce à la *patria potestas* dont il était investi, le père de famille protégeait les personnes soumises à sa tutelle contre les injustices du dehors et les représentait. Dans l'intérieur de sa maison, il apaisait les discordes qui y naissaient et rétablissait la paix entre les membres de sa famille. La vie intime de la famille romaine se développait ainsi par elle-même, sans l'intervention de la loi, sauf dans des cas exceptionnels, et d'une manière fort restreinte.

Le pouvoir du père de famille ne conserva pas du reste sa rigueur première. Bien des atténuations, bien des adoucissements s'introduisirent peu à peu.

Nous voyons qu'Adrien déporta dans une île un

(1) IHERING, *De l'Esprit du Droit romain*.

père qui avait tué son fils à la chasse, bien que celui-ci se fût rendu coupable d'adultère avec sa belle-mère ; la puissance paternelle devant consister, selon l'Empereur, plutôt dans la bonté que dans la cruauté.

« *Nam patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere* (1). »

Quel chemin avaient déjà parcouru les sentiments d'humanité !

Plus tard Constantin condamna à la peine du parricide un père qui avait tué son fils.

« *Si quis parentis aut filii aut omnino adfectionis ejus, que nuncupatione parricidii continetur, fata propperaverit, sive clam sive palam id enisus fuerit pœna parricidii puniatur* (2). »

Et ce n'est pas seulement par suite de l'influence de la religion que l'empereur chrétien agit ainsi ; l'adoucissement tient aussi aux progrès incessants des mœurs nouvelles. Ainsi, de siècle en siècle, ce droit de vie et de mort, si terrible à l'origine, s'affaiblit-il, pour n'être plus qu'un souvenir encore effrayant d'une souveraineté domestique excessive à nos yeux.

(1) *D.*, 48, 9, 5, MARCIEN.

(2) *Cod.*, livre 9, titre XVII.

SECTION II

Droit de vendre l'enfant

Pour comprendre que le père de famille eût le droit de vendre son enfant, il faut se rappeler que celui-ci était sa chose, sa propriété, et qu'il pouvait en conséquence tirer parti d'une vente, d'une aliénation à prix d'argent, où l'enfant se trouvait jouer le même rôle que l'esclave.

L'esclave, le fils, la femme *in manu*, tous les membres de la famille étaient à l'entière disposition du *paterfamilias*.

« *Omnes igitur liberorum personæ, sive masculini sive feminini sexus, si in potestate parentis sunt, mancipari ob hoc eodem modo possunt, quo etiam servi mancipari possunt* (1). »

Au moins fallait-il y mettre des formes. Comme toutes *res mancipi*, les *alieni juris* ne pouvaient être vendus que par la mancipation, seule manière de transférer le domaine civil de ces choses (*dominium ex jure Quiritium*).

La vente se faisait donc en présence de cinq citoyens romains pubères assistant un autre citoyen de même condition porteur d'une balance (*libripens*). L'acheteur saisissait la personne qu'on lui vendait

(1) GAIUS, *Com.*, 1, § 117.

en disant : « *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc ære, æneaque libra.* » Puis il frappait la balance avec la pièce d'airain, qui était le prix figuré de la vente.

Ainsi aliéné, le fils de famille tombait en puissance de l'acquéreur qui l'avait *in mancipio*. Sur bien des points désormais il était assimilé à un esclave. Pourtant il ne perdait pas l'inaliénable qualité d'homme libre.

« *Libertati a majoribus tantum impensum est, ut patribus, quibus jus vitæ in liberos, necisque potestas olim erat permissa, libertatem eripere non liceret* (1). »

Avec le temps, les droits rigoureux qui résultaient du *mancipium* diminuèrent aussi. D'après Gaius, il était interdit d'outrager les personnes qu'on avait *in mancipio*, sous peine de s'exposer à la condamnation résultant de l'action d'injures (2).

Quant au droit même de disposer de l'enfant, la vente n'en demeura permise qu'en des circonstances exceptionnelles.

« *Qui contemplatione extremæ necessitatis aut alimentorum gratia, filios suos vendiderint* (3). »

Dioclétien et Maximien déclarent que les pères

(1) Code 10, livre VIII, titre XLVII.

(2) ORTOLAN, *Histoire de la Législation romaine*, livre 4, titre XI.

(3) PAULUS, *Sent*, livre V, titre I.

ne peuvent ni vendre, ni donner leurs enfants, ni les mettre en gage.

« *Liberos a parentibus, neque venditionis, neque donationis titulo, neque pignoris jure, in alium transferri posse, manifestissimi juris est* (1). »

Constantin restreignit à son tour les droits du père de famille, ajoutant une condition nouvelle à celle qu'exigeait déjà le droit classique, il n'autorisa la vente des enfants qu'au moment de leur naissance, et qu'en cas d'extrême misère du père.

« *Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa, filium filiamve sanguinolentos vendiderit, emptor obtinendi ejus servitii habeat facultatem* (2). »

La mancipation réelle des enfants dut donc disparaître presque complètement.

Restait la mancipation fictive à laquelle le père de famille devait recourir soit pour émanciper son enfant, soit pour le donner en adoption. Cette dernière mancipation avait elle-même disparu sous Justinien.

Le père avait encore pu à l'origine livrer ses enfants à tous les hasards, en les exposant.

Mais, longtemps avant les empereurs chrétiens,

(1) *Cod.*, livre IV, titre XLIII, loi 1.

(2) *Idem.* loi 2.

la cruauté de cet abandon avait soulevé la réprobation publique.

« *Unusquisque sobolem suam nutriat, quod si exponendam putaverit, animadversioni quæ constituta est, subjacebit* (1). »

SECTION III

Droit de consentir au mariage de l'enfant

Dès que l'enfant est parvenu à l'âge de puberté, il est légalement apte au mariage. Sa raison toutefois n'a pas pris tout son développement. Bien inexpérimenté encore, il a besoin d'un conseiller, d'un guide pour contracter un engagement aussi important. Rien donc de surprenant si toutes ou presque toutes les législations ont exigé qu'il obtienne d'abord le consentement de ses parents. Son mariage, d'ailleurs, intéresse l'honneur et la fortune de sa famille. Elle doit donc intervenir et s'opposer, s'il y a lieu, à une union qu'elle réprouve. Ainsi en était-il à Rome. Mais, comme le *paterfamilias* représentait toute la famille et avait seul la puissance, c'était à son consentement qu'il fallait se borner. Le mariage ne pouvait donc se contracter sans le consentement de celui sous la puissance duquel se trouvaient les enfants (*quorum in potestate sunt*) (2).

(1) *Code*, livre VIII, titre LII, loi 2.

(2) *Institutes*, livre I, titre X. "

Comme le droit de consentir au mariage était un des attributs de la puissance paternelle, le consentement de la mère ou de tout autre ascendant maternel n'était jamais requis, les ascendants de cette ligne n'ayant jamais la *patria potestas*.

De même le fils n'avait pas à soumettre ses projets de mariage à son père naturel, lorsqu'il avait été donné en adoption, mais bien à son père adoptif qui le tenait en son pouvoir. Enfin l'enfant émancipé n'avait plus à obtenir le consentement de son père, l'émancipation l'ayant soustrait à sa puissance.

Quant au petit-fils par les mâles, il devait avoir et le consentement de son grand-père paternel, sous la puissance duquel il se trouvait, et le consentement de son père sous la puissance duquel il devait passer à la mort de l'aïeul, pouvant ainsi donner des héritiers siens à son père. Nul en effet ne pouvait avoir d'héritier sien, malgré lui (*ne ei invito heres suus agnascatur*) (1).

La petite-fille, à l'inverse, et par une raison contraire, n'avait à demander que le consentement de son aïeul, jamais celui de son père, ses enfants étant agnats et héritiers siens, non dans sa propre famille, mais dans celle de son mari. Jusqu'à quel âge l'enfant devait-il nécessairement demander le consentement de son père ? A tout âge, tant qu'il

(1) *Institutes* livre 1, titre XL.

demeurait en puissance. Qu'il fût soldat ou non, sénateur, consul ou simple citoyen, il ne pouvait s'en passer.

« *Filius familias miles, matrimonium sine patris voluntate, non contrahit* (1). »

Le consentement du *paterfamilias* devait précéder le mariage. Si ce consentement était donné après la conception de l'enfant, né de l'union, celui-ci ne naissait pas *justus*, et n'était pas soumis à la puissance paternelle (2).

Pendant toute la république, le refus du consentement de la part du père fut un obstacle insurmontable au mariage du fils. Sous Auguste, la rigueur du principe s'adoucit. La loi Julia autorisa l'intervention du magistrat quand le père refusait de consentir à un mariage manifestement convenable (3).

Le père de famille pouvait se trouver dans l'impossibilité de donner son consentement. Une cause d'incapacité se présentait lorsque le père était fou. De bonne heure le droit de se marier sans autorisation fut reconnu aux filles du fou. Quant au fils, jusqu'à Marc-Aurèle, une autorisation impériale remplaça le consentement du père. A partir de cette époque, les fils du *mente captus*

(1) *D.*, XXIII, titre II, loi 35, PAPINIEN.

(2) ACCARIAS, *Précis du Droit romain*.

(3) ACCARIAS, *idem*.

purent se marier librement (1). Si ce droit avait été accordé plus tôt aux filles, c'est que leur mariage ne pouvait jamais, ainsi que nous l'avons déjà dit, donner d'héritiers siens à leur père.

Le rescrit de Marc-Aurèle engendra une controverse. Certains auteurs voulaient limiter la liberté accordée par l'empereur aux fils de celui qui était en état continu de démence et la refusaient au fils du *furiosus*, du fou à intervalles lucides. Justinien permit aux enfants de l'un comme de l'autre de se marier sans consentement paternel.

Les enfants pouvaient même, dans ce cas, recevoir une dot du curateur du père, dot dont la quantité était réglée, à Constantinople, par le préfet de la ville, et dans les provinces par l'évêque ou le président (2).

« *Sancimus ut non solum dementis, sed etiam furiosi liberi cujuscumque sexus possint legitimas contrahere nuptias, tam dote, quam ante nuptias donatione a curatore coram præstanda æstimatione in hac regia urbe præfecti urbis, in provinciis autem præsidium, vel locorum antistitum* (3). »

Supposons maintenant le père absent. Son existence est incertaine. L'ancien droit permettait le

(1) ACCARIAS, *Précis du Droit romain*.

(2) ACCARIAS, *idem*.

(3) *Code V, loi 25, IV*.

mariage à ses enfants. Justinien exigea que cette absence eût duré trois ans, pour que le mariage pût être célébré.

Quid enfin lorsque le père était captif ? Mourait-il chez l'ennemi, les enfants, étant réputés *sui juris*, du jour de sa captivité, pouvaient se marier valablement sans son consentement. Le père revenait-il dans sa patrie, la question était plus délicate, à cause du *jus postliminii*. D'après une opinion, le père n'avait jamais perdu sa puissance, le fils n'avait donc pu se marier sans son consentement. D'après une autre opinion, il avait pu se marier valablement sans le consentement de son père. Ce fut cette dernière qui l'emporta. Le mariage fut tenu pour valable.

« *Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest, quamvis consentire nuptiis pater ejus non posset, nam utique nec dissentire (1).* »

Cette décision était basée sur l'intérêt de l'enfant, que la captivité du père ne pouvait pas condamner à ne pas se marier, et sur l'intérêt public qui engageait à multiplier les mariages.

« *Quia illius temporis conditio necessitasque faciebat, et publica nuptiarum utilitas exigebat (2).* »

(1) *D.*, Livre XLIX, titre XV, loi 12, § 3.

(2) *Idem.*

Justinien n'accordait encore à l'enfant la permission de se marier qu'après trois ans de captivité du père.

Pour les filles, en raison des motifs déjà donnés, il est probable que l'autorisation de se marier sans le consentement du père leur fut facilement accordée.

Ajoutons que dans les cas de folie, d'absence ou de captivité du père, le consentement du grand-père présent et sain d'esprit fut considéré comme suffisant pour le mariage du petit-fils. Aussi les difficultés qui viennent d'être examinées ne se présentaient que si le grand-père était décédé, ou se trouvait dans l'impossibilité de manifester sa volonté (1).

Le mariage que le fils de famille contractait avec le consentement de son père ne modifiait en rien sa situation à l'égard de celui-ci. Non seulement le père conservait la même puissance, mais, lorsque le fils acquérait la *manus* sur sa femme, il n'en profitait aucunement. Tout le bénéfice en était pour le père qui avait en sa puissance et sa bru et les enfants qui naissaient du mariage. Le fils n'avait fondé une famille civile que dans l'avenir, à l'époque où l'émancipation sinon la mort du père le rendrait *sui juris*, père de famille à son tour.

(1) ACCARIAS, *Précis du Droit romain*.

Pour le moment, il ne faisait qu'ajouter un élément de plus à la famille de son père. Celui-ci, qui avait pu mettre obstacle au mariage, en refusant son consentement, restait maître de le laisser subsister ou de le rompre à son gré.

Jusqu'aux Antonins, il fut admis que le père de famille qui avait conservé la puissance sur son enfant marié pouvait lui imposer le divorce, en signifiant lui-même la répudiation à son conjoint. Cette conséquence d'une puissance paternelle trop absolue fut supprimée par Antoine le Pieux ou peut-être par Marc-Aurèle (1), sauf le cas où le père avait un motif majeur, et celui où le fils en démençe n'avait pu procéder lui-même au *repudium*.

« *Nisi magna et justa causa interveniente hoc pater fecerit* (2). »

« *Bene concordans matrimonium separari a patre divus Pius prohibuit, nisi forte quærat, ubi utilius morari debeat* (3). »

SECTION IV

Abandon noxal

§ I. — Théorie de l'abandon noxal

Après avoir étudié le droit qu'avait le père de famille de mettre, en la personne de ses enfants,

(1) ACCARIAS, *Précis du Droit romain*.

(2) *Code*, Livre V, loi 5, titre XVII.

(3) PAULUS, *Sent.*, livre V, titre VI, § 15.

obstacle à un mariage qui ne lui agréait pas, droit qui eût été plus rationnel si la loi l'avait limité à la période de la jeunesse des enfants, après avoir critiqué l'exagération du pouvoir de correction poussé jusqu'au droit d'exposer, de vendre l'enfant, et même jusqu'au droit suprême de vie et de mort, il nous reste à étudier un dernier droit qui, dans un autre ordre de circonstances, touchait de près à celui de vendre l'enfant : nous voulons parler de la faculté d'abandon noxal.

Qu'entendait le Droit romain par ces mots ?

Lorsqu'un esclave ou un fils de famille s'était rendu coupable d'un délit, le père de famille, tout étranger qu'il fût au préjudice causé, se trouvait exposé indirectement à la poursuite de la victime du délit, qui pouvait intenter contre lui les actions civiles ou prétoriennes, auxquelles il était en droit de recourir, *actio furti* ou *vi bonorum raptorum*, *actio ex lege aquilia* pour le dommage subi, action d'injures.

« *Quod si servo suo non præceperit dominus, sed ipse sua voluntate id admiserit, Sabinus ait competere noxale, ut in cæteris maleficiis, quæ sententia vera est* (1). »

Le maître, poursuivi et condamné du fait des per-

(1) *D.*, loi 7, 47, 7, ULPIN.

sonnes qui étaient en son pouvoir, était obligé de payer le montant de la condamnation, d'un chiffre souvent plus élevé que la valeur de l'esclave par exemple. Aussi lui était-il permis d'échapper à ce paiement en faisant l'abandon de l'esclave au demandeur. Telle était la *deditio noxalis*, qui faisait qualifier de noxales les actions données contre le maître à l'occasion des délits commis par l'un des siens.

« *Noxales actiones proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur aut litis æstimationem sufferre aut hominem noxæ dedere* (1). »

Ce que nous disons du maître par rapport à l'esclave s'appliquait au père à l'égard du fils de famille. Les responsabilités étaient les mêmes, le droit d'abandon était semblable. On appelait *noxæ* le corps qui avait nui, *noxia* le délit lui-même.

« *Noxa est corpus quod nocuit, noxia ipsum malefictum* (2). »

Par suite de l'abandon noxal, la propriété de la personne livrée se trouvait transférée à perpétuité au demandeur. L'esclave pouvait pourtant obtenir son affranchissement, même malgré son nouveau maître, avec le secours du prêteur, s'il parvenait à l'indemniser de la perte que le délit lui avait fait

(1) *Institutes*, livre IV, titre VIII.

(2) *Idem*.

subir. Cette faculté de rachat accordée à un esclave paraît surprenante.

Dans le principe elle fut accordée au fils de famille donné *in mancipio*. Il pouvait obtenir sa *manumissio* en recourant au prêteur. Ce droit, abandonné pour les fils de famille, fut transporté sans réflexion aux esclaves (1).

Si les jurisconsultes romains ont pu trouver une raison d'équité pour justifier l'abandon noxal de l'esclave (*erat iniquum nequitiam ejus ultra ipsius corpus domino damnosam esse*), l'abandon des enfants ne peut s'expliquer que par l'exagération de la puissance paternelle qui tendit en tout temps à assimiler l'enfant à l'esclave.

Il est presque inutile d'ajouter que ce pouvoir d'abandonner noxalement le fils ou l'esclave était purement facultatif pour le père de famille. Le montant de la condamnation était-il exorbitant, eu égard à la valeur du fils ou de l'esclave, l'intérêt pécuniaire du maître ou du père contrebalancé, il faut du moins l'espérer, par des considérations plus humaines, lui conseillait l'abandon noxal. Si le père eût été forcé de payer une indemnité supérieure à la valeur du délinquant, le principe général du droit romain eût été violé. Si, d'un autre côté, le père eût été contraint

(1) ACCARIAS, *Précis du Droit romain*.

de faire l'abandon noxal d'un enfant que son intérêt pécuniaire même le poussait à conserver, il aurait été plus puni que s'il eût lui-même commis le délit. Dans ce cas, il payait le montant de la condamnation. Jusqu'ici nous n'avons fait aucune distinction entre l'abandon noxal du fils et celui de l'esclave. Il importe maintenant de signaler les notables différences qui existaient entre la situation de l'un et celle de l'autre.

La première différence résulte de celle qui existait entre le fils de famille et l'esclave au point de vue de la personnalité civile. Si l'esclave n'en avait aucune, n'était que la chose de son maître, le fils de famille, au contraire, avait une personnalité propre, malgré sa soumission à la puissance paternelle. En particulier il était capable de s'obliger, et ces obligations contractuelles ou délictueuses avaient la même valeur juridique que celles d'un *sui juris*. Il pouvait donc être poursuivi directement. Il résultait de ce principe que la victime du délit commis par le fils pouvait laisser de côté l'action noxale donnée contre le père et intenter une action directe contre le délinquant même, voie qui pouvait être plus avantageuse que celle de l'action noxale. En effet, la condamnation une fois obtenue contre l'auteur du délit, si le fils ne l'exécutait pas, le demandeur intentait l'action *judicati de peculio* contre le père. Celui-ci ne pouvait pas invoquer le droit d'abandon noxal et devait

solder, sur le pécule du fils, le montant intégral de la condamnation.

Deuxième différence entre le fils et l'esclave. Celui-ci devenait la chose de son nouveau maître en toute propriété. S'agissait-il du fils de famille, l'acquéreur n'avait sur lui que le *mancipium* résultant de la mancipation que le père lui avait faite. Mais le père qui faisait l'abandon noxal n'avait aucun moyen de recouvrer la puissance sur son enfant; il ne pouvait même pas introduire la clause de fiducie dans la mancipation, clause qui lui eût permis de se faire rémanciper l'enfant pour l'affranchir et devenir son patron. Mais, et c'est là une troisième différence avec l'esclave, le fils qui avait indemnisé sa victime pouvait obtenir sa manumission par l'intermédiaire du prêteur. Sous Justinien, le fils n'avait plus besoin d'exercer ce droit, l'action noxale étant supprimée à l'égard des délits des *alieni juris* libres. L'empereur le transporta par inadvertance, ainsi que nous l'avons déjà dit, aux esclaves abandonnés noxalement.

§ 2. Contre qui se donnait l'action noxale

Demandons-nous maintenant contre qui se donnait l'action noxale? Contre celui qui possédait l'esclave *animo domini*, qu'il fût ou non propriétaire de l'esclave. Mais n'étaient tenus de l'action noxale ni les détenteurs précaires ni le propriétaire qui ne le possédait pas. Les textes pourraient faire douter de cette solution

en ajoutant à la possession de l'esclave la condition de l'avoir *in potestate*, mais cette expression a ici un sens particulier et signifie que le défendeur à l'action noxale doit avoir l'esclave à sa disposition, c'est-à-dire être à même de l'exhiber et de le livrer.

Il résulte de ce premier principe que si l'esclave restait en la puissance de la personne qui le possédait à l'époque du délit, l'action noxale était donnée contre celle-ci. L'esclave passait-il sous la puissance d'un autre maître, l'action le suivait (*noxæ caput sequitur*), l'action était donnée contre le nouveau maître. Si enfin l'esclave était affranchi, la victime du délit avait contre lui-même et contre lui seul une action directe, qui, évidemment, n'avait plus la qualité d'action noxale.

En vertu du même principe, lorsqu'un homme libre devenait esclave après avoir commis un délit, l'action qui, primitivement, était directe et donnée contre lui se donnait désormais contre le maître du nouvel esclave et prenait le caractère d'action noxale.

Le principe que nous venons d'établir à l'égard de l'esclave s'appliquait au fils de famille, sauf les différences que nous venons de signaler entre lui et l'esclave.

Nous nous sommes placés jusqu'à présent dans l'hypothèse la plus habituelle : quand les esclaves ou

les fils de famille avaient agi en dehors de leurs maîtres ou des pères de famille.

En était-il de même quand un esclave ou un fils de famille avait commis le fait délictueux, sur l'ordre du maître ou du père de famille ?

Non, dans ce cas, le maître véritable et seul coupable était seul exposé à l'action directe résultant du délit.

Si, pourtant, il s'agissait d'un délit d'une gravité extrême, il y avait alors deux coupables, le maître qui avait donné l'ordre et l'esclave qui avait eu le tort de l'exécuter. Le délit en ce cas engendrait une double action.

« Nam ad quædam que non habent atrocitatem facinoris vel sceleris, ignoscitur servis, si vel dominis, vel his qui vice dominorum sunt, obtemperaverint (1).

Lorsque l'esclave ou le fils de famille avait agi (*domino vel patre sciente et non prohibente*), deux actions étaient données contre le maître ou le père de famille, l'une directe, l'autre noxale. Mais la personne lésée devait choisir entre les deux et ne pouvait les cumuler. Pourquoi ? Parce que si les deux actions avaient été données contre le maître, il eût été plus puni par le cumul que s'il eût commis lui-même le délit.

(1) *Dig.*, 43, 24, loi II, ULPÏEN.

Le maître ou le père de famille avait-il une action contre l'esclave ou le fils de famille, à l'occasion d'un délit dont il avait été victime de sa part ? Assurément non. Dans ce cas, aucune action n'était possible, car elle aurait été donnée au maître contre lui-même. Mais il pouvait arriver que l'esclave passât sous la puissance d'un nouveau maître ou qu'il fût affranchi.

L'ancien maître n'avait aucune action contre le nouveau maître ou contre l'affranchi.

Lorsque l'esclave d'autrui commettait un délit contre une personne qui devenait ensuite son maître, l'action s'éteignait, car elle était à la fois victime du délit et possesseur de l'esclave.

A cet égard, toutefois, une discussion s'était élevée entre les Proculéiens et les Sabinien, les premiers prétendant que l'action était seulement suspendue tant que l'esclave appartenait à la victime du délit, et qu'elle renaissait dès qu'il passait en puissance d'un autre. Les Sabinien admettaient, au contraire, que l'action s'éteignait et ne pouvait renaître.

« *Si filius patri aut servus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur. Si alienus servus filiusve noxam commiserit mihi, et is postea in mea esse coeperit potestate, utrum intercidat actio an quiescat. Nostri præceptores intercidere putant. Diversæ scholæ auctores, quamdiu in mea potestate sit, quiescere actionem putant (1).* »

(1) GAIUS, *Com.* IV, § 78.

Justinien adopta l'opinion des Sabinien (1).

De l'étude précédente ressort la similitude presque complète de la situation de l'esclave et de celle du fils de famille au point de vue de l'abandon noxal. Sauf les différences signalées entre eux, les délits des uns et des autres produisaient à l'époque du droit classique des conséquences pareilles.

Mais quel que fût l'absolutisme extrême de la puissance paternelle, il n'en reste pas moins certain que l'abandon noxal d'une personne libre et son assimilation à l'esclave avaient un côté choquant.

Lorsque l'œuvre du temps et l'esprit nouveau dû au christianisme eurent développé le sentiment moral et fait naître une conception plus rationnelle des droits de famille, les nouveaux principes firent paraître trop rigoureux l'abandon noxal des fils et des filles de famille.

« *Quis enim patiatur filium suum et maxime filiam suam in noxam alii dare, ut pene per corpus pater magis quam filius periclitetur, quum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit* (2). »

Justinien consacra la désuétude dans laquelle était tombé l'abandon noxal des fils et des filles de famille.

(1) *Inst.*, livre IV, titre VIII, § 7.

(2) *Inst.*, Ibidem.

« *Et ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, quum apud veteres legum commentatores invenerimus sæpius dictum, ipsos filios-familias pro suis delictis posse conveniri* (1). »

La victime du délit commis par le fils de famille dut donc désormais se contenter de l'action directe contre le délinquant.

Sur quels biens pouvait-il faire exécuter la condamnation ?

Pas de difficulté si le fils avait un pécule castrense ou quasi-castrense, ou même un pécule profectice, mais s'il n'avait que des biens adventices ou s'il n'avait rien à lui, le créancier n'avait à sa disposition, tant que l'enfant restait *alieni juris*, que l'exécution sur sa personne, et encore Justinien permit-il au fils de famille d'échapper à l'emprisonnement par une *bonorum cessio* (2), qui dans l'espèce se réduisait à une simple constatation de défaut de patrimoine propre à leur débiteur.

Restait au créancier la ressource d'attendre que le fils eût acquis un pécule, ou que devenu *sui juris*, il eût des biens personnels, sur lesquels pourrait s'exécuter la condamnation antérieurement prononcée contre lui.

Voyons quelles étaient les différentes situations

(1) *Inst.*, livre IV, titre VIII, § 7.

(2) ACCARIAS, *Précis du Droit romain*.

dans lesquelles pouvaient se trouver le chef de famille, poursuivi à l'occasion du délit des siens.

S'il fait l'abandon noxal devant le magistrat, il est exempt de poursuites, s'il laisse délivrer la formule, il a encore la faculté d'opter après condamnation, entre l'exécution ou l'abandon noxal. Le maître a-t-il fait disparaître frauduleusement l'esclave ou l'a-t-il affranchi, l'action est donnée contre lui, sans qualification, et il paiera forcément la condamnation. Même après la *litis contestatio*, le maître, toujours tenu *propter rem*, évite encore la condamnation par l'abandon noxal, ou même par la perte fortuite de la possession du délinquant. Tout autre cas de perte fortuite libérerait de même le chef de famille.

§ 3 — Distinction entre l'action noxale et l'action arbitraire

L'action noxale semble se rapprocher des actions arbitraires, et on s'est demandé si elle devait être rangée dans cette catégorie d'actions.

Les actions arbitraires avaient pour caractéristique l'*arbitrium* inséré dans la formule sous forme de restriction, *nisi N. N. restituat*.

Grâce à l'*arbitrium*, le juge déterminait le montant de la satisfaction que le défendeur devait offrir

au demandeur pour éviter la condamnation. Le juge ajoutait le *jussus*, l'ordre d'exécuter l'*arbitrium*.

Le défendeur y obéissait-il, pas de condamnation prononcée; le défendeur refusait-il d'y obéir, le juge dans une seconde instance prononçait une condamnation pécuniaire, fixée par le demandeur. Sous le système de la procédure extraordinaire, le défendeur fut contraint d'exécuter l'*arbitrium manu militari*. Justinien ordonna au juge de prononcer une condamnation en nature, quand la chose était possible.

L'obligation de prononcer toujours une condamnation pécuniaire disparut à cette époque.

Trouvons-nous rien de semblable dans l'action noxale ? Il faut remarquer d'abord que les termes de la formule diffèrent dans les deux classes d'actions.

S'agit-il d'action arbitraire, c'est *nisi restituat*. Dans l'abandon noxal, c'est *noxæ dedere*.

Dans l'action noxale pas d'*arbitrium*, pas de *jussus*, l'abandon du délinquant est une simple faculté laissée au père de famille. Ajoutons que l'abandon noxal peut se faire même après la condamnation, tandis que la satisfaction doit être fournie au demandeur avant la condamnation dans l'action arbitraire, ou plutôt afin d'éviter la condamnation.

On peut donc affirmer que l'action noxale ne rentre pas dans la classe des actions arbitraires.

La question ne se serait probablement pas soulevée, sans un texte des *Institutes*, où Justinien paraît ranger l'action noxale parmi les actions arbitraires.

Au § 31 du titre *de actionibus*, l'empereur dit que le défendeur doit être condamné s'il ne fournit pas au demandeur la satisfaction arbitrée par le juge, et qui consiste, par exemple, à restituer une chose, à l'exhiber, ou à faire l'abandon noxal, « *veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat* (1). »

Mais on peut répondre que si une telle injonction était faite par le juge dans l'action noxale, elle n'avait rien d'obligatoire, et ne pouvait certainement être sanctionnée ni par le *juramentum in litem*, ni par l'emploi de la *manus militaris*. Disons en terminant que si l'action noxale ne devait pas être rangée parmi les actions arbitraires, elle s'en rapprochait pourtant sur bien des points.

Après avoir énuméré les différents droits du père de famille sur la personne de l'enfant, il nous reste à voir comment ils prenaient fin.

(1) *Inst.*, livre IV, titre VI, § 31.

CHAPITRE III

Extinction de la puissance paternelle

SECTION I

Modes d'extinction de la puissance paternelle qui ne brisaient pas les liens d'agnation

Différentes causes produisaient cette extinction : certaines condamnations, la captivité, plusieurs dignités, enfin l'émancipation et l'adoption de l'enfant.

Sans parler du décès du fils de famille qui éteignait naturellement tous les droits du père sur lui, on

peut ranger en deux classes les modes d'extinction de la puissance paternelle :

Ceux qui rendaient les fils de famille *sui juris* sans briser les liens d'agnation et sans anéantir les droits de famille, et ceux qui détruisaient ces liens et ces droits.

Nous rangerons dans la première catégorie la mort du père de famille, la perte de la *civitas*, la servitude *jure civili* encourues par le père, ainsi que la servitude *jure gentium*, enfin certaines dignités conférées aux fils et aux filles de famille.

La seconde catégorie comprendra les condamnations encourues par le fils de famille ou son émigration dans les colonies qui lui fait perdre la *civitas*, l'esclavage encouru par lui *jure civili*, la *manus* sur la fille de famille au moment de son mariage, l'adoption et l'émancipation de l'enfant.

Examinons successivement ces différents modes.

I. La mort du père de famille était une première cause d'extinction de la puissance paternelle lorsque les enfants devenaient *sui juris* par le fait de cette mort. Mais il n'en était pas toujours ainsi.

Si, à la mort de l'aïeul, le père était soumis à son pouvoir, les petits-enfants retournaient sous la puissance de leur père.

Dans le cas où le père était mort ou sorti de la

famille de quelque manière que ce fût, au décès de l'aïeul, les enfants, ne retombant pas en sa puissance, devenaient *sui juris*. La puissance paternelle était également perdue pour le père condamné à la déportation. Il perdait alors son *status civitatis*, était effacé de la liste des citoyens romains, et devenait semblable au *peregrinus*. Il en était de même du fils de famille condamné à la déportation. Il cessait d'être *civis romanus*, sortait de la famille, et par là même la puissance paternelle disparaissait.

« *Neque autem peregrinus civem romanum, neque civis peregrinum in potestate habere potest* (1). »

La puissance paternelle pouvait cependant renaître en ce cas, si l'Empereur accordait à l'un ou à l'autre une restitution *in integrum*.

« *Ut autem scias, quid sit in integrum restituere, honoribus et ordini tuo, et omnibus cæteris te restituo* (2). »

La condamnation aux mines, ou l'exposition aux bêtes, faisant perdre le *jus civitatis*, détruisaient également la puissance paternelle.

Il en était de même de la servitude encourue *jure civili* par le père.

Devenu esclave, il ne pouvait plus avoir la puis-

(1) ULPIN, *Rég.*, livre 1, titre X, § 3.

(2) *Code*, livre IX, titre 51, loi 1.

sance paternelle, ce qui se comprend facilement puisqu'il avait perdu le plus important de ses droits, la liberté, ce qui constituait la grande diminution de tête (*maxima capitis deminutio*).

Il semble extraordinaire qu'on pût devenir esclave *jure civili*, car la liberté était inaliénable et imprescriptible. Il y avait cependant quelques exceptions à cette règle. Nous ne parlerons pas des cas, où dans l'ancien droit un citoyen s'était soustrait à l'inscription sur les tables du cens, ou était condamné pour vol manifeste, ni de celui où le débiteur incapable de payer son créancier lui était attribué en esclavage, car toutes ces causes de servitude avaient disparu avant Justinien.

Quant au commerce d'une femme libre avec un esclave, cette disposition du sénatus-consulte Claudien fut abrogée par le même empereur. La condamnation *in metallum* fut aussi supprimée par une novelle. Restaient seulement l'ingratitude d'un affranchi envers son patron, et la fraude de l'homme libre qui se laissait vendre comme esclave pour partager le prix de la vente. Quelques mots sur cette dernière cause d'extinction de la puissance paternelle.

Des citoyens poussés par la misère se laissaient vendre comme esclaves, et quand leur complice avait touché le prix de la vente, ils réclamaient leur

liberté et partageaient avec le pseudo-vendeur le prix de cette opération frauduleuse.

Pour empêcher que l'acheteur ne fût victime de sa bonne foi, le sénatus-consulte Claudien enlevait à celui qui s'était laissé vendre ainsi la faculté de revendiquer sa liberté.

Il fallait toutefois que celui qui s'était laissé vendre fût majeur de vingt ans, sût qu'il était libre et eût l'intention de partager le prix.

« Liberis etiam hominibus, maxime si majores XX annis venum se dari passi sunt, vel in servitutem quaquā ratione deduci, nihil obest, quominus possint in libertatem proclamare, nisi forte se venumdari passi sunt, ut participaverint prætium (1). »

Pas d'esclavage bien entendu, si le prix n'avait pas été payé ou si l'acheteur savait que celui qu'il achetait était libre.

Si donc la fraude avait été commise par un père de famille, il perdait la puissance paternelle et devenait esclave de l'acheteur qu'il avait voulu tromper.

Nous avons signalé, comme une autre cause d'extinction de la puissance paternelle, l'élévation d'un enfant à certaines dignités.

(2) *D.*, Livre 40, titre XII, loi 7, ULPEN.

Rappelons d'abord que le mariage ne libérait pas le fils de la puissance paternelle, pas plus que l'état militaire, la dignité de sénateur ou celle de consul. En effet, le fils de famille dans la vie privée, si élevée que fût sa position sociale, restait *alieni juris*, et au pouvoir de son père.

Mais il y avait des exceptions : ainsi les Flamines de Jupiter et les Vestales étaient affranchis de cette puissance :

« *In potestate parentum esse desinunt, et hi qui flamines divales inaugurantur, et quæ virgines Vestæ capiuntur* (1). »

Justinien étendit cette prérogative aux patrices.

« *Sancimus viros excelsos, patricos, liberari potestate paterna, ne videantur qui a nobis loco patris honorantur alieno juri esse subjecti* (2). »

Plus tard Justinien comprit dans la liste des exceptions la dignité d'évêque et celle de consul, et généralement toutes celles qui libéraient de la curie : « *et super singulis quæ liberari a curia possunt* (3). »

Arrivons maintenant à l'extinction de la puis-

(1) ULPÏEN, *Reg.*, titre X, § 5.

(2) *C.*, livre XII, titre III, loi 5.

(3) *Novelle*, 81, titre X.

sance paternelle par la captivité (*servitus ex jure gentium*).

Lorsqu'un citoyen romain tombait au pouvoir de l'ennemi, il devenait esclave dans le pays étranger, mais dans sa patrie son état se trouvait soumis à la condition suspensive de son retour. Mourait-il à l'ennemi, il avait d'abord été considéré comme mort en esclavage, il mourait donc incapable. Plus tard, par le bénéfice de la loi *cornelia testamentaria*, d'abord appliquée aux seuls testaments, et ensuite généralisée, il était réputé mort au moment où il était pris. Échappait-il au contraire à l'ennemi et rentrait-il sur le territoire romain, il était considéré comme n'ayant jamais cessé d'être citoyen, et avait conservé la plénitude de ses droits. Cette faveur portait le nom de droit de *post liminium, jus post liminii*.

« *Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit.* »

« *In omnibus partibus juris, is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur quum captus est* (1). »

La situation du citoyen romain captif chez l'ennemi peut se résumer ainsi :

(1) *D.*, 49, titre XV, XVI & XVIII, ULPPIEN.

Tout ce qui était jouissance d'un droit (*quæ in jure consistunt*) demeurait en suspens : tels étaient les droits de puissance dominicale et paternelle (1), les acquisitions faites par ses esclaves et ses enfants, les droits de tutelle et de succession qui pouvaient lui échoir ; mais l'exercice des droits ainsi suspendus lui était retiré. Il ne pouvait donc contracter de justes noces, adopter, stipuler, faire un testament pendant sa captivité. De même l'effet rétroactif du *jus postliminii* ne pouvait anéantir les faits qui s'étaient produits pendant sa captivité, ni restaurer ceux qui ne s'étaient pas accomplis ; l'usucapion qu'il était en train d'achever était interrompue, le mariage avec sa femme restée à Rome était dissous, du moins à l'origine.

Quant au point qui nous occupe spécialement, l'état des enfants, celui-ci demeurait en suspens durant la captivité du père de famille. Revenait-il, il reprenait sa puissance ; mourait-il, au contraire, chez l'ennemi, ses enfants étaient réputés *sui juris* depuis le jour de sa captivité.

Supposons maintenant le fils de famille tombant au pouvoir de l'ennemi et revenant ensuite à Rome, le père reprenait sa puissance sur lui, et le fils rentrait dans sa condition précédente.

(1) ORTOLAN, *Explication historique des Institutes*, livre I, titre XII.

« Quum filius revertatur, duplicem in eo causam esse oportet postliminii, et quod pater eum reciperet, et ipse jus suum (1). »

Le citoyen romain bénéficiait du droit de *postliminium* dès qu'il rentrait sur le territoire de l'Empire, de quelque manière qu'il eût échappé à l'ennemi.

« Nihil interest quomodo captivus reversus est, utrum dimissus, an vi vel fallacia potestatem hostium evaserit (2). »

Nous disions que les droits des enfants étaient en suspens. Il importe cependant de faire remarquer que ceux-ci se mariaient valablement, bien qu'ils n'aient pas eu le consentement du chef de famille, celui-ci ne pouvant à son retour faire déclarer nul le mariage qu'ils avaient légitimement contracté pendant sa captivité.

« Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest, quamvis consentire nuptus pater ejus non posset, nam utique nec dissentire (3). »

Lorsque le père de famille mourait en captivité, ses

(1) *D.*, 49, titre XV, loi 14, POMPONIUS.

(2) *D.*, 49, titre XV, loi 26, FLORENTINUS.

(3) *D.*, 49, titre XV, loi 12, § 3, TRYPHONINUS.

enfants étaient considérés comme ayant été *sui juris* à partir du jour même de sa captivité et non de sa mort ; par suite, ils avaient acquis pour eux-mêmes depuis le jour de la captivité du père de famille, jusqu'à l'époque de sa mort.

« *Hi sui juris exinde, sibique ideo adquisisse intelliguntur* (1). »

SECTION II

Modes d'extinction de cette puissance qui brisaient les liens d'agnation

Passons maintenant aux modes d'extinction de la puissance paternelle qui brisaient les liens d'agnation. Il en est plusieurs que nous nous contenterons de signaler, ayant déjà fait connaître en quoi ils consistent.

Si le fils de famille encourait certaines condamnations faisant perdre la liberté ou la cité (*libertatem et civitatem amittere*) ; s'il perdait la *civitas* ou émigrerait dans les colonies, il sortait de la famille.

La puissance paternelle s'éteignait, mais, comme c'était le fils qui s'était rendu coupable, lui qui avait

(1) *D.*, 49, titre XV, loi 12, § 1, TRYPHONINUS.

mérité les peines, il perdait tous ses droits d'agnation.

Il en était de même de l'esclavage encouru *jure civili*, à la suite d'une vente simulée dans laquelle le fils de famille s'était fait passer pour esclave, vente dont nous avons déjà relaté les effets.

Quand une fille de famille passait *in manu mariti*, elle sortait de sa famille et entrait dans celle de son mari, à l'égard duquel elle était considérée comme une fille, *filia loco*.

Nous avons déjà dit que le mariage seul ne faisait pas tomber la femme *in manu*. Pour que la femme fût soumise à cette puissance, le mariage devait être accompagné de la confarréation ou de la coemption (*confarreatio vel coemptio*).

Le mari pouvait d'ailleurs acquérir plus tard la *manus* par une année de cohabitation non interrompue (*usu*).

La femme *in manu* perdait tous ses droits d'agnation dans sa famille et prenait, comme nous l'avons dit, le rang de fille dans celle de son mari. Elle devenait l'agnate de ses enfants et acquérait par là même des droits de succession sur leurs biens et sur ceux

de son mari, et, réciproquement, son mari et ses enfants en acquéraient sur ses biens.

« *In familiam viri transibat, filiaque locum obtinebat* (1). »

Les *Institutes* ne parlent pas de la *manus*, car depuis longtemps il n'en était plus question. Depuis sa disparition, la femme mariée restait dans sa propre famille, y conservait ses droits d'agnation, et était seulement alliée à la famille de son mari. Depuis longtemps aussi des sénatus-consultes avaient établi des droits d'hérédité réciproques entre la mère et les enfants.

La puissance paternelle s'éteignait encore sur l'enfant donné en adoption ou émancipé.

Nous avons déjà parlé de l'adoption et de ses effets avant et sous Justinien; il nous suffit de rappeler que, sous cet empereur, l'adoption n'éteignait la puissance paternelle que dans le cas où l'enfant était adopté par un ascendant.

Examinons le dernier et principal mode d'extinction de la puissance paternelle, l'émancipation.

(1) GAIUS, *Comment.*, I, § III.

Quand un père de famille vendait son enfant, il perdait sa puissance paternelle.

S'il s'agissait d'une fille ou de petits-enfants, une seule vente suffisait pour l'éteindre. Lorsqu'il s'agissait d'un fils, trois ventes étaient nécessaires, conformément à la loi des XII Tables : *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* (1). »

Le fils ainsi vendu tombait *in mancipio* de l'acquéreur ; il n'était pas esclave, mais assimilé à l'esclave. Son maître pouvait l'affranchir, et il devenait ainsi *sui juris*.

Ces ventes, d'abord réelles, devinrent fictives et furent un moyen employé par le père de famille pour émanciper son fils.

Ces ventes successives suivies d'affranchissement se faisaient par la mancipation.

Mais, comme le maître qui affranchissait conservait les droits de patronage, de tutelle et de succession sur l'émancipé, le père obtenait de l'acquéreur fictif, par un contrat de fiducie, qu'il lui rémancipât son fils après la troisième vente. C'était alors le père qui affranchissait définitivement l'enfant et conservait sur lui les droits de patronage. Ces ventes fic-

(1) *Leges XII, Tabularum, Tabula quarta.*

tives, que Justinien appelle imaginaires (*quæ per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones celebrabatur*) (1), finirent par disparaître elles-mêmes. Anastase introduisit un mode plus simple et plus rapide d'émancipation par rescrit du prince (*ex imperiali rescripto*). Justinien permit aux pères de famille d'émanciper leurs enfants, par une déclaration faite aux magistrats compétents (*ad competentes judices vel magistratus, parentes intrent*) (2).

Il accorda en outre aux pères de famille émancipateurs sur les biens de l'enfant émancipé les mêmes droits qu'aux patrons sur ceux de l'affranchi. Dans le cas où l'émancipé était encore impubère, le père de famille fut investi de la tutelle.

On ne pouvait émanciper les enfants malgré eux.

« *Filiusfamilias emancipari invitus non cogitur* (3). »

Le père de famille pouvait émanciper son fils, en retenant ses petits-enfants sous sa puissance, et réciproquement émanciper ses petits-enfants en retenant son fils.

On se demande pour quel motif le fils pouvait refuser l'émancipation. N'avait-il pas intérêt à être *sui juris*?

(1) *Inst.* livre I, titre XII.

(2) *Inst.*, livre I, titre XII.

(3) *PAULUS, Sent.*, livre II, titre XXV, § 5.

Certainement, mais d'un autre côté il sortait de la famille, perdait ses droits d'agnation et sa puissance à venir sur ses enfants restés sous celle de leur aïeul, à moins que l'aïeul ne les lui eût ensuite donnés en adoption.

L'enfant émancipé pouvait perdre le bénéfice de l'émancipation s'il se rendait coupable envers son père d'actes cruels ou d'injure.

« *Filios et filias, qui parentes, vel acerbitate convicii, vel cujuscumque atrocis injuria dolore pulsassent, leges emancipatione rescissa, damno libertatis immeritè multari voluerunt* (1). »

Lorsqu'un fils émancipé ou donné en adoption était marié, sa femme, qu'elle fût ou non *in manu*, suivait sa condition nouvelle.

Quant à ses enfants, ceux qui étaient nés ou conçus avant son adoption ou son émancipation, restaient au pouvoir du père de famille ; ceux qui étaient conçus depuis suivaient la condition de l'adopté ou de l'émancipé.

A l'origine, quand l'émancipation résultait de mancipation successive, on distinguait si l'enfant était conçu avant ou après la troisième mancipation. Dans le premier cas, il naissait sous la puis-

(1) *Cod.*, livre VIII, titre L.

sance du père émancipateur ; dans le second cas, il n'y restait pas soumis, mais était avec son père, *in mancipio* de l'acquéreur :

« *Qui ex filio semel iterum ve mancipato conceptus est, licet post tertiam mancipationem patris sui nascatur, tamen in avi potestate est. At is qui ex eo filio conceptus est, qui in tertia mancipatione est, non nascitur in avi potestate, sed eum labeo quidem existimat in ejusdem mancipio esse, cujus et pater sit* (1). »

Nous avons dit que le fils ne saurait être émancipé malgré lui. Demandons-nous maintenant s'il pouvait forcer son père à l'émanciper.

Assurément non. L'émancipation était un droit dont le père de famille usait quand il lui convenait, mais il ne pouvait y être contraint, sauf par exception, et qu'à titre de peine.

S'il avait prostitué ses filles par exemple (*lenones patres et dominos qui suis filiabus vel ancillis peccandi necessitatem imponunt, nec jure frui dominii, nec tanti criminis patimur libertate gaudere*) (2). »

Il en était de même de ceux qui avaient abandonné leurs enfants, ou contracté un mariage incestueux.

(1) GAIUS, *Com.* 1, § 135.

(2) *C.*, livre XI, titre XL, loi 6.

« Qui itaque ad eum modum in ecclesia aut vicis publicis, aut aliis locis projeti fuisse comprobati erunt, hos omnibus modis liberos esse præcipimus (1). »

« Si vero contigerit ex prioribus nuptiis inculpabilibus filios esse ei, paternam mox illi accipiant successionem, suæ quidem potestatis patris supplicio facti (2). »

Tels étaient les différents modes d'extinction de la puissance paternelle.

(1) *Novelle*, 153, titre XXXVI, chap. I.

(2) *Nov.* 12, titre VII, chap. II.

CONCLUSION

Cette étude nous a donné une juste idée de la grandeur de Rome et de ses institutions.

Fondée par la conquête, basée sur le respect de la liberté et de l'initiative individuelle et sur la puissance militaire, la Constitution de Rome apparaît plus originale encore dans l'organisation de la famille.

La famille est le premier degré de cette hiérarchie à la fois militaire et politique qui monte de la gens à la curie, et de la curie à la nation. Dans son intérieur, la vie privée du Romain est une initiation à la vie politique, où le principe d'autorité joue un si grand rôle. Sans doute il y avait des excès, sans doute aussi la puissance absolue du père nous paraît avec raison exorbitante, mais elle était nécessaire pour constituer un peuple qui ne songeait qu'à conquérir et qu'à dominer tous les autres.

« Tu regere imperio populos, Romane, memento.
Hæ tibi erunt artes, pacisque imponere morem,
Parcere subjectis, et debellare superbos (1). »

N'y avait-il pas aussi dans ce respect de l'autorité paternelle quelque chose d'utile et de salubre, dont la disparition est si regrettable de nos jours !

Les Romains avaient d'ailleurs fort adouci leurs mœurs. Les rigueurs du droit primitif avaient disparu, ou s'étaient profondément modifiées.

(1) VIRGILE, *Enéide*, livre 6.

Sans vouloir retracer le tableau complet de ces transformations, il nous paraît opportun d'en citer quelques exemples. Quand on étudie le droit romain, on voit que le droit civil, et surtout le droit prétorien et les constitutions impériales ont presque partout fait triompher l'équité sur le droit strict et primitif.

C'est ainsi que des effets juridiques ont été attribués aux Pactes, qui, en droit strict, ne devaient produire aucun lien de droit. Ce progrès fut l'œuvre du vieux droit civil lui-même, du droit prétorien plus tard, et enfin du droit impérial.

Le préteur accorda aussi des actions utiles, fictices ou *in factum*, afin d'investir de moyens d'exécution des cas non sanctionnés par le droit civil, ou d'augmenter le nombre de ceux qui étaient prévus par lui, *emendendi, supplendi vel corrigendi juris civilis gratia*.

Enfin, en donnant les possessions de biens, le préteur établit, à côté de l'hérédité, une nouvelle manière d'entrer en jouissance des biens du défunt.

Le sujet que nous venons de traiter nous fournit

de son côté la preuve convaincante de ces changements. Le droit de vie et de mort du père de famille a disparu. L'exposition des enfants a été abandonnée. On ne put les vendre que dans des circonstances exceptionnelles. Le droit de consentement au mariage fut sagement réglementé. Enfin, comme nous l'avons déjà indiqué, Justinien consacra la désuétude dans laquelle était tombé l'abandon noxal des fils et des filles de famille.

L'ancien droit s'était donc complètement adouci et transformé.

Je ne puis mieux résumer, ce me semble, l'impression que produit l'étude du droit romain primitif qu'en empruntant à Ihering le passage suivant :

« L'ancien droit était une citadelle. Carré et raide, étroit, peu élevé, comme les châteaux-forts du moyen-âge, la maçonnerie n'en est que plus solide et plus durable. Il est incommode, mais il est sûr. Comme dans ces vieux manoirs, nous sentons flotter autour de nous l'esprit d'un passé qui commande le respect, le souvenir d'une race robuste, pleine d'une énergie farouche et puissante (1). »

(1) IHERING, *De l'Esprit du Droit romain*, livre II, Introduction.

THÈSE DE DROIT FRANÇAIS

DE LA DÉCHÉANCE DE LA PUISSANCE PATERNELLE

LOI DU 24 JUILLET 1889

SUR LA PROTECTION DES ENFANTS MALTRAITÉS
OU MORALEMENT ABANDONNÉS (TITRE I)

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ANTÉRIEUR AU CODE CIVIL

Exposé général de la théorie de la puissance paternelle en droit français

Parmi toutes les lois qui, depuis la promulgation des Codes, sont venus abroger ou modifier les lois civiles ou pénales, on peut considérer celle du 24 juillet 1889, sur la protection des enfants mal-

traités ou moralement abandonnés, comme une des plus utiles.

Elle a, en effet, pour but, non seulement de protéger un âge sans défense, mais encore d'empêcher que, par suite des pernicioeux exemples qu'ils pourraient recevoir au foyer paternel, un grand nombre d'enfants ne deviennent plus tard des individus dangereux pour la société.

Les parents sont, en effet, les premiers maîtres de leurs enfants, et les exemples qu'ils leur donnent peuvent avoir pour eux les conséquences les plus graves dans l'avenir.

L'influence de l'exemple est bien connu, et Juvénal a dit avec raison :

*Sic natura jubet, velocius et citius nos,
Corrumpunt vitiorum exempla domestica magnis,
Quum subeunt animos auctoribus (1)...*

C'est afin d'arracher les enfants à ces funestes exemples que la loi du 24 juillet 1889 a permis de les soustraire à la puissance paternelle, quand leurs parents se sont montrés indignes de l'exercer.

Mais, avant d'étudier cette loi, qui sera l'objet principal de notre thèse, il nous paraît utile de

(1) JUVÉNAL, sat. XIV.

rechercher comment la puissance paternelle a été réglementée par le droit coutumier et le droit écrit, le droit intermédiaire et le Code civil.

Cette étude succincte sera surtout historique. Elle nous permettra de nous rendre compte de l'évolution qui s'est produite sur cet important sujet à travers les âges.

Nous connaissons déjà la puissance paternelle à Rome. Il nous reste maintenant à la faire connaître en France, d'après le droit coutumier, le droit intermédiaire, le Code civil et, également, d'après les législations étrangères. Nous étudierons ensuite les modifications qui y ont été apportées, et dont la plus importante de toutes se trouve dans notre loi sur la déchéance de la puissance paternelle.

CHAPITRE PREMIER

Droit coutumier

SECTION I

Etendue de la puissance paternelle

Dans les pays de droit écrit, la puissance paternelle produisait à peu près les mêmes effets que dans le dernier état de la jurisprudence romaine. En était-il de même dans les pays coutumiers? Loysel prétend que, dans ces pays, « le droit de puissance paternelle n'a lieu ».

La coutume de Senlis le portait de même expressément. Il ne faut, d'ailleurs, pas se méprendre sur la portée de ces paroles. Elles voulaient simplement dire que la puissance paternelle, telle que la comportait le droit romain, n'était pas admise en pays de coutume. Du reste, un grand nombre de coutumes faisaient mention

de ce droit. Nous nous contenterons d'en citer quelques-unes, telles que celles du Berry, du Poitou, du Nivernais, d'Orléans, de Reims, de Bretagne, de Normandie, de Bordeaux, de Metz, de Lille.

Dans les pays de coutume, la puissance paternelle était ce qu'on appelait le *mundium* en Germanie, c'est-à-dire une puissance moins grande que la *patria potestas* (1).

Dans les pays de droit écrit, la puissance paternelle appartenait au père seul.

Dans les pays de droit coutumier, la mère participait dans une certaine mesure à cette autorité. Son aveu était exigé pour le mariage de ses enfants.

D'après la coutume du Boulonnais, « la puissance paternelle n'était pas, à beaucoup près, aussi étendue en pays coutumier qu'en pays de droit écrit, cependant elle y avait aussi ses droits comme ses obligations, et elle avait lieu en faveur du père, comme de la mère (2). »

C'est aussi ce que disait Pothier :

« Dans les pays coutumiers, la puissance pa-

(1) M. LEFEBVRE, *Cours de droit coutumier*.

(2) LE CAMUS D'HOULOUVE, *Commentaire sur la coutume du Boulonnais*.

ternelle ne consiste que dans deux choses, dans le droit qu'ont les père et mère de gouverner avec autorité la personne et les biens de leurs enfants, jusqu'à ce qu'ils soient en âge de se gouverner eux-mêmes et leurs biens (1). »

Pour que la puissance paternelle pût être exercée, il fallait que le fils et le père ne fussent pas morts civilement, et que le fils ne fût pas bâtard. « Un bâtard est entendu hors de pain dès lors qu'il est né (2). »

SECTION II

Droits d'éducation, de consentement au mariage et de correction

Quels étaient les droits qui découlaient de cette puissance ?

Le droit d'éducation, d'abord, le père ayant le droit comme le devoir d'élever ses enfants suivant leur condition; le droit également de consentir au mariage de ses enfants. Nous avons déjà dit que l'aveu de la mère était exigé en pays de coutume.

Voici, à cet égard, ce que dit Pothier :

« Tous conviennent que les enfants ne doivent

(1) POTHIER, *Traité des personnes*.

(2) MERLIN, *Puissance paternelle*, section II.

contracter mariage qu'avec le consentement de leur père ou de leur mère. Tous conviennent que les mineurs, qui n'ont ni père ni mère, ne doivent contracter mariage qu'avec le consentement de leur tuteur ou curateur. Le défaut de consentement des père et mère, par cela seul que les enfants mineurs ont méprisé ce consentement, rend le mariage nul, et le fait présumer entaché du vice de séduction. Au contraire, le défaut du consentement des tuteurs ne rend le mariage nul que lorsqu'il est désavantageux au mineur, par une inégalité de condition ou de biens (1). »

Telles étaient les obligations des enfants mineurs. S'ils ne s'y étaient pas soumis, le mariage était nul.

En était-il de même, quand les enfants étaient majeurs ?

Aucunement. Les enfants majeurs étaient tenus, il est vrai, de requérir le consentement de leurs parents, mais s'ils ne se soumettaient pas à cette prescription de la loi, la sanction n'était pas la même que pour les mineurs.

Pothier établit la distinction d'une manière bien claire :

« Les enfants majeurs, aussi bien que les mi-

(1) POTHIER, *Traité du mariage*, partie IV, titre I.

neurs, sont obligés de requérir le consentement de leurs père et mère à leur mariage. Mais il y a deux grandes différences entre les majeurs et les mineurs : 1° si les majeurs ont été mariés sans requérir le consentement de leurs père et mère, le mariage ne peut être attaqué par ces derniers, mais les enfants sont soumis à l'exhérédation pour avoir manqué à leurs devoirs ; 2° il ne suffit pas aux mineurs de demander le consentement, il faut qu'ils l'obtiennent ; au contraire, une fille majeure de vingt ans, un fils majeur de trente ans, satisfont à tout ce qu'ils doivent à leurs père et mère en requérant leur consentement (1). »

Quant au droit terrible de vie et de mort, que les pères avaient eu longtemps à Rome, il disparut et fut remplacé par le droit de correction.

Le père ne pouvait tyranniser son enfant, mais il avait le droit de le corriger. Lorsqu'il le faisait avec modération, la justice n'avait rien à dire (2).

Un arrêt du Parlement de Provence a jugé qu'un père pouvait, de son autorité privée faire emprisonner son fils désobéissant (3).

Les lois du pays de Liège déclaraient que « les parents pouvaient corriger et battre leurs enfants,

(1) POTHIER, *Traité du mariage*, partie IV, chap. I.

(2) MERLIN, *Puissance paternelle*, section II.

(3) Arrêt du 15 octobre 1644.

sans qu'ils soient tenus d'aucune amende en justice, sinon pour cas de blessure (1). »

Quand le châtement mérité par le fils excédait les bornes d'une simple correction, le père ne pouvait le décerner lui-même, c'était au juge d'en ordonner l'exécution (2).

SECTION III

Responsabilité du père de famille

Le père était-il tenu de réparer les délits de son fils ?

Il n'était sujet à cet égard qu'à l'action pécuniaire ; par conséquent, lorsque cette action manquait, il n'était tenu à rien, à moins qu'il ne se trouvât dans quelques cas exceptionnels, par exemple s'il avait autorisé son fils à ester en jugement pour se défendre, si le dommage pour lequel le fils était poursuivi avait été commis en remplissant les fonctions pour lesquelles son père l'avait préposé, si le père était complice du fils, ou ne l'avait pas empêché autant qu'il l'aurait pu de commettre un délit.

Le père était-il responsable des dettes con-

(1) Article 27 de la Paix de Saint-Jacques.

(2) MERLIN, *Puissance paternelle*, section III.

tractées par les enfants qu'il avait sous sa puissance ?

Il fallait distinguer si le père avait autorisé ou non son fils à contracter.

Quand le père n'avait pas autorisé son fils, il n'était tenu que lorsque ce dernier avait un péculé, ou que l'obligation qu'il avait contractée avait tourné au profit du père (1).

Lorsqu'au contraire le père avait autorisé son fils, il était tenu solidairement des dettes que celui-ci avait pu contracter dans ce cas.

SECTION IV

Capacité du fils de famille

Demandons-nous maintenant quelle influence la puissance paternelle exerçait sur la capacité du fils de famille.

Il fallait, à cet égard, distinguer les pays de droit écrit et les pays de droit coutumier.

Dans les premiers, le fils de famille était capable d'acquérir, et il ne le faisait pas toujours, au profit de son père. Il pouvait également contracter toutes sortes d'obligations.

(1) MERLIN, *Puissance paternelle*.

Deux arrêts du Parlement de Bordeaux, de 1637 et 1682, déclarèrent « que le fils peut s'obliger pour toutes les affaires de son père (1). »

L'intervention du père n'avait donc pour objet que de l'obliger solidairement lui-même avec son fils.

Quid, à cet égard, dans les pays de coutume ? Ils se divisaient en deux classes.

Dans la première, qui comprenait entre autres Paris, la Normandie, le Vermandois, la puissance paternelle n'avait aucun effet à ce point de vue.

La capacité d'état dépendait seulement de la qualité de majeur ou de mineur, celle de fils de famille ou d'enfant émancipé était sans aucune influence.

Dans la seconde classe de coutumes, parmi lesquelles on peut ranger le Berry, le Bourbonnais, la Bretagne, l'Angoumois, Lille, Douai, Tournai, Valenciennes, on regardait la puissance paternelle comme une espèce de tutelle légitime. Par suite, les fils de famille, majeurs ou mineurs, étaient considérés comme incapables de contracter ou d'ester en justice, sans autorisation de leurs pères, à moins qu'il ne s'agît de commerce public, ou de matières criminelles.

(1) MERLIN, *Puissance paternelle*, section III.

C'est ce que disait la Châtellenie de Lille, titre XIII, article 3 :

« Fils ou fille de famille ne peuvent contracter ni ester en jugement, sans le consentement de leur père, excepté en cas de délits ou d'injures. »

Et la loi municipale de Bordeaux, article 1^{er} :

« Si le fils de famille exerce marchandise ou autre négociation publiquement, se pourra obliger sans le consentement de son père, ès choses concernant marchandise ou négociation. »

Dans ces pays, le fils de famille étant incapable de s'obliger par lui-même, l'intervention du père le relevait de son incapacité et rendait son père obligé avec lui. Elle produisait donc un double effet.

SECTION V

Extinction de la puissance paternelle

Pour terminer ces considérations sur le droit coutumier, il nous reste à examiner comment cette puissance pouvait cesser.

Plusieurs causes produisaient cette extinction : l'émancipation, l'habitation séparée, la promotion à une dignité ou à un office, le mariage, l'âge, la mort naturelle ou civile.

Un mot sur chacune de ces causes d'extinction :

§ I. — **Emancipation**

C'était une question controversée en pays de droit écrit, de savoir si l'émancipation pouvait être faite par-devant notaire, ou si elle exigeait le ministère du juge.

Dans les pays de droit coutumier, on admettait que les enfants pouvaient être émancipés par contrat de mariage. Cela s'expliquait d'autant plus facilement que, dans ces pays, le mariage y était généralement considéré comme le terme de l'assujettissement du fils à la puissance paternelle (1).

§ II. — **Habitation séparée**

L'habitation du fils séparée de celle de son père, lorsque rien, dans sa manière de se conduire ou de gérer ses affaires, n'indiquait son assujettissement à la puissance paternelle, était un des modes d'extinction de cette puissance.

Quant au temps nécessaire pour opérer cette extinction, c'était une question débattue.

Les uns fixaient le temps nécessaire à un seul instant, les autres exigeaient l'an et jour, d'autres dix ans, solution qui était de jurisprudence cons-

(1) MERLIN, *Puissance paternelle*, section VI.

tante dans les Parlements de droit écrit. Enfin, dans une dernière opinion, il fallait vingt ans. Du reste, l'élection de domicile distinct devait être entièrement libre de la part du fils, et faite sans opposition de la part du père.

§ III. — Dignités ou offices

A ce point de vue, il y avait une différence importante entre les pays de droit écrit et les pays pays coutumiers.

Dans les premiers, les grandes dignités seules affranchissaient de la puissance paternelle. Dans les secondes, le fils de famille était émancipé par sa promotion à un emploi qui fixait son sort pour toujours, ou pour un temps illimité, tel que la prêtrise, une charge de judicature (1).

§ IV. — Le mariage

D'après la jurisprudence romaine, le mariage n'émancipait pas. Cette règle fut admise par les pays de droit écrit. Il y avait cependant des provinces de droit écrit où elle ne s'appliquait pas. Telles étaient celles qui ressortissaient au Parlement de Paris; tel aussi le duché de Bourgogne.

(1) MERLIN, *Puissance paternelle*, section VI.

Quant aux pays vraiment coutumiers, on y tenait universellement pour maxime que le mariage émancipait les enfants mâles comme les filles (1).

Nous pouvons citer comme exemples les coutumes de Mons, Cambrai, Metz, Reims, Orléans, de Lorraine, du Nivernais et d'Auvergne.

§ V. — L'âge

Dans les pays de droit écrit, le fils de famille restait toute sa vie, comme à Rome, sous la puissance de son père, à moins qu'il n'en fût affranchi par l'émancipation judiciaire ou par des moyens indiqués dans les *Institutes*.

Il n'en était pas de même dans la plupart des pays coutumiers. Coquille, Voët et d'autres auteurs déclarent que l'âge de vingt-cinq ans y faisait cesser la puissance paternelle.

Il y avait même des coutumes, comme celles de Reims et de Metz, où l'enfant de famille sortait de puissance à vingt ans accomplis.

§ VI. — Mort naturelle ou civile

Il nous reste à dire un mot de la mort naturelle ou civile du père de famille.

(1) MERLIN, *Puissance paternelle*, section VI.

En cas de mort naturelle du père de famille, la puissance paternelle était évidemment éteinte dans tous les pays. La coutume de Montargis déclarait que la puissance paternelle s'éteignait entre roturiers, non seulement par la mort du père, mais encore par celle de la mère. La coutume de Bailleuil en Flandre étendait cette disposition aux nobles.

En cas de mort civile, la puissance paternelle s'éteignait également. En était-il ainsi en cas de contumace, lorsque la condamnation par elle-même entraînait mort civile? Oui, pourvu qu'il se fût écoulé cinq ans depuis la condamnation par contumace, car jusqu'à ce moment la mort civile n'était pas encourue.

CHAPITRE II

Droit intermédiaire

Deux changements importants se produisirent, au point de vue de la puissance paternelle pendant cette période. Ils résultèrent de deux décrets, l'un du 24 août 1790, l'autre du 28 août 1792.

Le second porte que « les majeurs ne seront plus soumis à la puissance paternelle, elle ne s'étendra que sur les personnes des mineurs (1). »

L'Assemblée nationale fit donc disparaître ce principe du droit romain, conservé dans les pays de droit écrit, qui obligeait le fils de famille à rester toute sa vie sous la puissance du père de famille. On généralisa également, pour toute la France, la disposition qui, dans la plupart des

(1) Décret du 28 août 1792.

coutumes, faisait cesser la puissance paternelle à la majorité (1).

Le décret du 24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, régla le droit de correction paternelle. Lorsqu'un père ou une mère, un aïeul ou un tuteur, était impuissant à réprimer les écarts d'un enfant ou d'un pupille, il pouvait le traduire devant un tribunal de famille, composé de huit ou tout au moins de six parents, et, à leur défaut, d'amis ou de voisins.

Ce tribunal examinait la plainte qui lui avait été adressée et avait droit, lorsque l'enfant était mineur de vingt et un ans, de le faire enfermer pendant un temps qui ne pouvait excéder une année, même dans les cas les plus graves.

La mise à exécution de la décision exigeait l'intervention du président du tribunal du district. Celui-ci, après avoir pris l'avis du commissaire du roi, en ordonnait ou en refusait l'exécution, ou tout au moins en tempérail les dispositions (2).

Les deux décrets de 1790 et 1792 méritaient d'être mentionnés, car ils modifièrent sensiblement la puissance paternelle, le premier quant à

(2) DALLOZ, *Puissance paternelle*.

(1) Décret du 24 avril 1790, titre X, articles 15, 16 et 17.

la durée, le second quant à son mode d'exercice.

Les principes admis par le droit intermédiaire ont été d'ailleurs adoptés, ainsi que nous le verrons, les uns entièrement, les autres avec certaines modifications, par le Code civil.

DEUXIÈME PARTIE

DROIT MODERNE

CHAPITRE PREMIER

Code civil

SECTION I

Avant-propos et explication de l'article 371

Nous retrouvons ici, comme nous l'avons déjà fait pressentir, un certain nombre de droits qui constituaient la puissance paternelle. Nous ne retrouvons plus l'autorité absolue du père de famille romain, autorité adoptée par les pays de droit écrit.

Le Code a plutôt résumé, en les unifiant, nos vieilles coutumes. Nous aurons à examiner succinc-

tement les droits qui appartiennent au père et généralement, à son défaut, à la mère, droits d'éducation, de garde, de consentement au mariage et à l'adoption, droit d'émancipation et de correction.

L'article 371 porte que l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère : précepte de pure morale, dénué de sanction juridique. On le trouve déjà énoncé dans le *Deutéronome* : « Honorez votre père et votre mère selon que le Seigneur votre Dieu vous l'ordonne (1). »

Était-il utile de le formuler en tête du titre de la puissance paternelle ?

Certainement, car il contient les principes dont les articles suivants développent les conséquences, et il peut servir de point d'appui à la décision des juges.

Il est d'ailleurs conforme au sentiment naturel qui maintient les enfants sous l'autorité de leurs parents, même après l'âge où la loi, les proclamant majeurs, les en affranchit juridiquement. C'est ce que disait avec raison M. Réal devant le Corps législatif :

« Ce n'est plus un devoir dont l'enfant s'acquitte envers ses parents, c'est un culte qu'il leur rend toute sa vie, et le sentiment qui l'attache à eux ne

(1) *Deutéronome*, chap. V, verset 16.

peut plus être exprimé par les mots de respect, de reconnaissance et d'amour, c'est désormais la piété filiale (1). »

On a essayé, d'ailleurs, de découvrir un effet de droit dans une prétendue interdiction pour l'enfant d'intenter contre ses parents une action infamante. Mais nous ferons observer que l'excuse absolutoire dont profite l'ascendant qui aurait volé son descendant, ne découle aucunement du respect que l'enfant doit à ses père et mère, puisque l'excuse est réciproque et profite dans un cas analogue à l'enfant qui a volé son ascendant. Les auteurs, qui trouvaient dans cette excuse une conséquence de l'article 371 du Code civil, vont parfois jusqu'à prétendre, en outre, que l'enfant ne pourrait demander des réparations civiles à ses père et mère ou autres ascendants, à raison d'un vol qu'ils auraient commis à son préjudice, ni exercer contre eux la contrainte par corps.

Nous ne saurions admettre ce système. Quant aux réparations civiles, il est complètement démenti par l'article 380 du Code pénal qui, en pareille circonstance, permet à l'enfant de poursuivre ses parents en réparation civile.

Quant à la contrainte par corps, la loi de 1832 (2)

(1) RÉAL, Exposé des motifs devant le Corps législatif, 23 ventôse, an XI.

(2) Article 19 de la loi du 17 avril 1832.

défend expressément, il est vrai, à l'enfant d'en réclamer l'exercice contre ses parents ; mais la même loi défend aux parents de l'exercer contre leurs enfants et la prohibe même entre frères et sœurs.

Cette prohibition générale est faite pour éviter tout élément de discorde en famille et n'a donc pas son origine dans le respect que les enfants doivent à leurs parents.

Il importe de signaler que l'article 371 constitue un attribut de la puissance paternelle ne prenant pas fin avec la majorité, ou l'émancipation de l'enfant, appartenant à la mère pendant le mariage et commun aux père, mère et autres ascendants.

SECTION II

A qui appartient la puissance paternelle

Avant d'aborder les différents droits qui constituent la puissance paternelle, voyons à qui elle appartient.

L'article 373 est absolument formel.

Le père seul exerce cette autorité durant le mariage. Il faut bien distinguer l'autorité et son exercice.

L'autorité appartient au père et à la mère ; mais, pendant le mariage, le père seul en a

l'exercice. Ce n'est qu'à défaut de son mari que la mère peut l'exercer.

S'il en était autrement, de graves conflits seraient à redouter entre eux, et la paix du ménage en serait troublée. La règle, d'ailleurs, souffre des exceptions.

Il y a, en effet, des cas où le père, quoique vivant, est incapable d'agir, s'il est absent ou en état d'interdiction.

Le père ne pouvant plus user de son autorité, la mère en a l'exercice.

D'un autre côté, lorsqu'il s'agit du mariage des enfants, le père ne peut exercer son droit de donner ou de refuser son consentement sans avoir pris préalablement l'avis de sa femme

Bien plus, lorsqu'il s'agit de consentir à l'adoption, le père ne peut le faire qu'avec le concours de la mère.

Pourquoi cette double dérogation à la règle ordinaire? Parce qu'il s'agit de faits qui se présentent rarement, et qu'il y a lieu de penser qu'ils n'occasionneront pas, par suite, de troubles intérieurs. Il importe, de plus, de remarquer qu'ils peuvent entraîner les plus graves conséquences pour l'avenir des enfants. Il aurait donc été bien dur que la mère ne fût pas appelée à

donner son avis en cas de mariage ou son consentement à l'adoption.

Ces droits de consentement au mariage et à l'adoption ne disparaissent pas avec l'âge ou l'émancipation de l'enfant.

L'adoption ne peut jamais avoir lieu sans le consentement des parents. Quant au mariage, il faut le consentement du père et l'avis de la mère; à partir d'un certain âge, il suffit de leur faire des actes respectueux.

La puissance paternelle appartient-elle aux ascendants?

Cette question, dont la solution présente un réel intérêt pratique, a donné naissance à plusieurs opinions.

M. Demolombe pense qu'il existe deux puissances paternelles, l'une entendue *stricto sensu*, qui n'appartiendrait qu'aux père et mère, et l'autre, *lato sensu*, qui appartiendrait même aux ascendants. Cette dernière serait l'ensemble des droits et des devoirs existant entre ascendants et descendants.

Voici comment il s'exprime :

« On pourrait dire qu'il y a deux sortes de puissance paternelle. »

Et plus loin :

« La puissance paternelle, considérée dans une acception plus étendue, appartient non seulement au père et à la mère, mais encore à l'aïeul et à l'aïeule, et ainsi successivement et quelquefois même concurremment à tous les ascendants. Elle n'a pas de terme, du moins pour quelques-uns de ses effets les plus importants ; elle dure, sous beaucoup de rapports, pendant toute la vie des ascendants et des enfants (1). »

Malgré l'autorité qui s'attache aux décisions de ce grand jurisconsulte, il nous paraît difficile d'adopter son opinion. En effet, que dit la loi : « Le père seul exerce cette autorité pendant le mariage. » Il est impossible de s'exprimer plus clairement et de moins laisser place à interprétation.

Après la dissolution du mariage, cette autorité appartient au survivant des deux époux. Il n'est nullement question des ascendants dans les articles 371, 372 et 373, qui réglementent la puissance paternelle.

On ne peut donc pas suppléer au silence de la loi. Mais, dit-on, les grands-parents ont certains droits qui découlent de la qualité d'ascendants,

(1) DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, tome VI.

et on cite les articles 150, 151 et 173 du Code civil.

Nous reconnaissons volontiers que tous les droits de la puissance paternelle ne disparaissent pas quand les père et mère se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, et que les enfants ne deviennent pas *sui juris*, comme le déclarait la loi romaine. Il est certain qu'ils sont obligés de demander le consentement de leurs aïeuls et aïeules et, à partir de vingt et un ans pour les filles, de vingt-cinq ans pour les fils, leur conseil par un acte respectueux, lorsqu'ils n'ont plus leurs parents, ou que ceux-ci sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté. Les ascendants ont également le droit de former, en pareil cas, opposition au mariage. Mais tout cela ne constitue pas la puissance paternelle. Ce sont tout au plus des démembrements de cette puissance.

D'ailleurs, il faudrait, pour être logique, si on admettait ce système, déclarer que les membres du conseil de famille ont aussi la puissance paternelle, puisque, aux termes de l'article 160 du Code civil, ils sont appelés à donner leur consentement au mariage des fils et filles mineurs de vingt et un ans, à défaut des père et mère, aïeuls ou aïeules. Or, personne n'ira jusque-là.

Si on objecte encore que les ascendants ont le

droit de s'opposer au mariage de leurs descendants, nous répondrons que la loi autorise également les parents, jusqu'au degré de cousins germains, à y former opposition dans certains cas; or, personne n'oserait prétendre que les oncles et tantes, et à plus forte raison les simples cousins germains, peuvent exercer la puissance paternelle.

Quant à l'obligation imposée aux enfants de fournir des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin, ce n'est pas un véritable attribut de la puissance paternelle, car elle est un simple devoir de famille, et d'ailleurs elle est réciproque.

Il ne faut donc voir dans ces différents cas qu'une série de sages dispositions de la loi, introduites dans l'intérêt des descendants, et non pas une puissance paternelle moins étendue que celle des parents.

Cette question, avons-nous dit, a un intérêt pratique. On peut, en effet, se demander si le père peut refuser aux grands-parents de voir leurs petits-enfants, et si ces derniers peuvent exercer une action quelconque sur l'éducation de leurs descendants.

Nous répondrons sans hésiter que les ascendants n'ont sur leurs descendants que les droits

à eux accordés par la loi. Ces droits sont peu nombreux et bien définis. On ne saurait donc les étendre.

Sans doute, il y a quelque chose de rigoureux et même de cruel à priver des grands-parents de la vue de leurs petits-enfants, et il serait souvent désirable, dans l'intérêt même de ces derniers, que la loi autorisât les tribunaux à interposer leur autorité, en cas de dissentiments entre le père et les aïeuls de l'enfant. Mais actuellement aucun texte ne permet de conclure en ce sens.

Nous comprenons sans peine que des questions d'humanité aient engagé les tribunaux à entrer dans une voie de tolérance; mais ces considérations, pour respectables qu'elles soient, ne nous semblent pas de force à entraîner une solution juridique.

La jurisprudence est elle-même divisée sur cette question.

On peut citer, en faveur de la thèse que nous combattons, des arrêts de la cour de Paris, des 27 juin 1867 et 14 août 1869, et même deux arrêts de cassation des 8 juillet 1857 et 12 février 1894.

Nous ne méconnaissons pas l'autorité de ces décisions, et nous comprenons les motifs qui ont dicté les arrêts des cours, mais nous préférons

nous ranger à l'opinion qui décide que le père seul a la puissance paternelle pendant le mariage et que les ascendants ne peuvent jamais interposer une autorité que la loi ne leur confère pas.

Citons dans notre sens des arrêts de Nîmes, 1825; Paris, 21 avril et 22 septembre 1853; Bordeaux, 1867.

Nous rapportons volontiers l'arrêt de la cour de Nîmes qui nous paraît avoir très clairement posé les principes de la matière :

« Attendu, dit cet arrêt, que, suivant les conditions les plus expresses du Code civil, le père est revêtu de la puissance paternelle à l'égard de ses enfants; que lui seul a le droit de l'exercer; que la mère n'y participe, avec moins d'étendue, que lorsqu'elle survit au mari, et que la puissance paternelle, qui expire avec les père et mère, ne passe jamais aux autres ascendants; d'où il suit que le père ne peut jamais être privé de cette autorité que pour les causes déterminées par la loi. . . . »

Et, plus loin, le même arrêt ajoute :

« Attendu qu'il n'appartient pas aux tribunaux de juger la loi, de la modifier, de la restreindre par aucune considération, quelque puissante qu'elle soit, et encore moins d'ajouter à ses dis-

positions dans les cas qu'elle a formellement prévus (1). »

Cette doctrine nous paraît très juridique. Nous espérons qu'avec les tendances actuelles on en modifiera l'extrême rigueur. Ce sera évidemment un progrès que nous accepterons volontiers. Mais, pour agir ainsi, on doit attendre, croyons-nous, que le législateur se soit prononcé.

SECTION III

Attributs de cette puissance

§ I. — Préambule

Nous savons maintenant à qui appartient la puissance paternelle. Quels en sont les attributs ?

Elle comprend un certain nombre de droits sur la personne d'un côté, et, de l'autre sur les biens de l'enfant.

Les premiers sont les droits d'éducation, de garde, de consentement au mariage et à l'adoption, de tutelle et de correction.

Les autres sont les droits d'administration légale et de jouissance légale.

Nous continuerons à laisser de côté ce qui con-

(1) Nîmes, 10 juin 1825.

cerne les biens. Nous nous contenterons de rappeler qu'en droit romain le père était propriétaire des biens acquis par son fils, sauf certains pécules.

Dans le droit coutumier, les droits des parents étaient fixés par les règles de la garde noble, et plus tard par celles de la garde bourgeoise.

Enfin, sous l'empire du Code, le père a, durant le mariage, l'administration des biens personnels de ses enfants mineurs. Il a également, sous certaines réserves, la jouissance légale de presque tous ces biens jusqu'à ce que ses enfants aient atteint l'âge de dix-huit ans. Après la dissolution du mariage, ce droit appartient au survivant des deux époux. L'usufruit légal est un droit nouveau qui ne dérive ni du droit romain ni du droit coutumier (1).

Revenons aux droits du père de famille sur la personne de ses enfants. A cet égard, nous avons déjà parlé du consentement au mariage et à l'adoption. Nous avons dit aussi qu'en cas d'impossibilité d'exercer ses droits par suite d'absence ou d'interdiction du père, la mère le remplaçait. Occupons-nous à présent des droits d'éducation, de garde et de correction. Ce sont, du reste, les plus importants et ils méritent un sérieux examen.

(1) *Cours de droit coutumier.*

§ II. — Droit de garde et d'éducation

L'article 374 porte que « l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père ».

Il en résulte que l'enfant peut et doit rester chez son père, et qu'il peut y être ramené *manu militari*, s'il s'en éloigne sans son autorisation. C'est également le père qui dirige l'éducation de l'enfant et le fait élever, s'il lui convient, dans telle maison d'éducation qui lui paraît convenable. A défaut du père, tous ces droits passent à la mère.

C'est ce que disait Pothier :

« Les père et mère ont le droit de retenir leurs enfants près d'eux ou de les envoyer dans tel collège ou autre endroit qu'ils jugent à propos de choisir pour leur éducation. De là, il suit qu'un enfant soumis à la puissance paternelle ne peut entrer dans aucun état, se faire novice, faire profession religieuse, sans le consentement de ses père et mère, sous la puissance desquels il est (1). »

Les mêmes principes sont appliqués de nos jours. La fille mineure est obligée d'obtenir le consentement de ses père et mère, avant de contracter des vœux dans une congrégation religieuse (2).

(1) POTHIER, *Traité des personnes*, partie I, titre VI.

(2) Décret du 18 février 1869.

Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans ne peut être admis dans les ordres sacrés (1) qu'en rapportant le consentement de ses père et mère.

La règle souffre exception dans un seul cas, celui d'enrôlement volontaire.

Le Code avait fixé à dix-huit ans l'âge auquel l'enfant pouvait s'enrôler sans le consentement paternel. Les lois de 1832, 1872 et 1889 l'ont reculé à vingt ans. L'article 59 de la loi de 1889 dit, en effet : « S'il a moins de vingt ans, il doit être pourvu du consentement de ses père, mère ou tuteur. »

Cette atteinte à l'autorité paternelle s'explique facilement dans une pareille circonstance. C'est ici une question d'intérêt général qui l'emporte sur l'intérêt privé.

L'ancien droit consacrait aussi cette exception à l'obligation imposée à l'enfant de rester chez ses parents.

Pothier disait avec raison :

« L'intérêt public l'emporte alors sur l'intérêt particulier des père et mère (2). »

(1) Décret du 28 février 1810.

(2) POTHIER, *Traité des personnes*, partie I, titre VI.

§ III. — Droit de correction

Abordons maintenant le droit de correction. Il est certainement le plus important de tous. Bien que nous soyons très loin du droit de vie et de mort des Romains, nous nous trouvons cependant en présence d'un droit rigoureux, puisqu'il permet au père de priver son enfant de sa liberté, tantôt par voie d'autorité, tantôt par voie de réquisition.

Il résulte, en effet, des textes, que si l'enfant a moins de seize ans, et ne se trouve pas dans un des cas d'exception indiqués par la loi, le père a le droit de le faire enfermer pendant un temps qui ne peut excéder un mois, sans que le président du tribunal puisse s'y opposer, ni diminuer la durée de la détention : la volonté du père doit être obéie. L'ordonnance du président doit être délivrée sans examen des griefs du père (1) ; la puissance paternelle dans ce cas est souveraine.

Le président peut, si la sévérité du père lui paraît exagérée, faire de sages observations, mais il ne saurait entraver son action.

En toute autre circonstance, le père n'a que la voie de réquisition. Ce mode d'exercice de la puis-

(1) DALLOZ, *Puissance paternelle*.

sance paternelle ne présente pas autant de danger, car il laisse moins de prise à l'arbitraire et ne permet pas au père d'abuser de son autorité.

La loi prévoit plusieurs cas dans lesquels le père ne peut user de son droit de correction, que par voie de réquisition : si l'enfant a plus de seize ans ; s'il a des biens personnels ; s'il exerce un état ; si le père est remarié.

On comprend facilement la pensée de la loi dans les deux derniers cas : elle craint que le père remarié n'arrive à subir l'influence de sa nouvelle femme et ne se montre trop rigoureux pour les enfants issus du précédent mariage. Il serait également dangereux de permettre au père d'interrompre le travail de l'enfant qui pourrait perdre sa place et mérite d'ailleurs d'être encouragé. Mais on s'explique plus difficilement la distinction faite par la loi, lorsque l'enfant a des biens personnels. Craint-on qu'un père dissipateur ne s'empare des biens de son enfant, ou ne lui fasse acheter sa liberté par des sacrifices pécuniaires ?

Mais M. Demolombe fait justement observer que l'enfant soumis à la puissance paternelle, et par conséquent mineur, n'a pas la disposition de ses biens, pas même de ceux dont ses père et mère n'au-

raient pas la jouissance légale, et que, dès lors, ce motif n'est pas fondé (1).

On s'est demandé si la durée de la détention pouvait excéder un mois, dans les cas prévus par les articles 380, 381, 382, lorsque l'enfant avait moins de seize ans.

Marcadé, Massé et Verger, sur Zachariæ et Demolombe pensent que, dans ce cas, la détention ne peut excéder un mois. Pour eux, la différence de la détention est basée sur celle de l'âge. Or, cette différence ne varie pas suivant la position du père ou de la mère (2).

Marcadé s'exprime ainsi :

« Zachariæ enseigne que le maximum de six mois est autorisé toutes les fois que la détention a lieu par voie de réquisition. Cette doctrine nous paraît une erreur évidente. Les articles 380, 381 et 382 ne renvoient à l'article 377 que pour la forme à suivre pour la nécessité de la réquisition, et non pour la durée de la détention. L'accomplissement de la quinzième année chez l'enfant apporte à la règle de l'article 376 deux modifications : 1^o possibilité d'une détention plus longue, ce qui est fondé sur la possibilité d'écarts plus graves ;

(1) DALLOZ, *Puissance paternelle*.

(2) Idem.

2° substitution de la voie de réquisition à la voie d'autorité, dont le motif est que l'enfant a droit à plus d'égards. Or, quand le père est remarié, ou que c'est la mère qui agit, ou que l'enfant a des biens ou un état, mais que d'un autre côté cet enfant est encore au-dessous de quinze ans, le premier de ces motifs n'existe plus. La circonstance que l'enfant a droit à plus d'égards motive bien la substitution de la voie de réquisition à la voie de l'autorité, mais la possibilité d'écarts plus graves n'est plus là pour motiver la longue durée de la détention (1).

« La différence, dit M. Demolombe, entre le maximum de la détention dans le cas de l'article 376 et son maximum dans le cas de l'article 377 n'est pas fondée sur ce que la détention est ordonnée par voie d'autorité dans le premier cas, et dans le second par voie de réquisition. Elle repose avant tout sur une autre considération, c'est-à-dire sur la différence même de l'âge de l'enfant dans l'une et l'autre hypothèses (2) ».

On prétend, dans une autre opinion, que les auteurs que nous venons de citer ne semblent pas avoir fait attention au pouvoir qui statue. Dans les cas prévus par les articles sus-énoncés,

(1) MARCADÉ, *Puissance paternelle*, livre I, titre IX.

(2) DEMOLOMBE, livre I, titre IX.

c'est le juge qui doit se prononcer sur la détention et non le père. C'est lui, et non le père, qui délivre ou refuse l'ordre d'arrestation, qui maintient ou abrège le temps fixé par le père. On devra donc appliquer l'article 377 du Code civil, et non l'article 376 qui ne concerne pas les cas où le magistrat statue.

Nous ne saurions admettre cette seconde opinion qui ne nous paraît pas fondée.

L'enfant sera détenu sans aucune écriture, dit la loi. C'est-à-dire qu'il n'y aura qu'un ordre d'arrestation et les actes indispensables pour régulariser la détention.

La mère a-t-elle à cet égard les mêmes droits que le père ? Il existe des différences sérieuses entre son autorité et celle du père.

La mère n'exerce d'abord les droits de correction qu'à défaut du père, soit qu'elle lui survive, soit que son mari se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté. Si la mère est remariée, elle n'a plus le droit de correction en tant que mère.

Si elle est tutrice et son mari cotuteur, ils agiront comme tous les tuteurs, en vertu des articles 395 et 396, c'est-à-dire avec l'autorisation du conseil de famille.

La mère ne peut jamais agir par voie d'autorité.

Et même en procédant par voie de réquisition, elle devra obtenir le concours des deux plus proches parents paternels.

Nous pensons qu'à défaut de parents on s'adresserait utilement à des amis du père.

Cette défiance de la loi à l'égard de la mère s'explique par la crainte qu'elle ne soit trop accessible aux influences étrangères, ou trop prompte à s'alarmer. On a donc pensé qu'un pouvoir modérateur était nécessaire. Cette crainte est-elle bien fondée? Il est certain que la voie de la réquisition à elle seule serait bien souvent suffisante. Aux termes de l'article 379, le père est toujours maître d'arrêter la détention par lui ordonnée ou requise. La puissance paternelle, comme celle de Dieu, doit toujours avoir pour attribut la bonté, le père est d'ailleurs le meilleur juge du repentir de l'enfant (1).

Le droit de grâce appartient-il également à la mère? C'est une question controversée.

Proudhon le lui refuse absolument. M. Demolombe est d'un avis contraire; le droit de grâce étant, suivant lui, de l'essence de la puissance paternelle.

« Il faudrait, dit-il, un texte bien formel pour le

(1) DALLOZ, *Puissance paternelle*.

refuser à la mère, ou même seulement pour en gêner ou en suspendre dans ses mains l'exercice. Si l'on peut craindre la faiblesse de la mère et de trop faciles pardons, il est permis, certes, d'espérer aussi que le cœur de l'enfant sera touché, et qu'il en deviendra non pas plus insoumis, mais plus respectueux et plus docile (1).

Dans une troisième opinion, qui nous paraît mieux fondée, on accorde le droit de grâce à la mère, mais avec le concours des deux plus proches parents paternels. Cette théorie est en harmonie avec celle qui permet à la mère de ne faire détenir l'enfant qu'avec le concours de ces mêmes parents.

§ IV. — Droits des parents sur leurs enfants naturels légalement reconnus.

Un mot, en terminant, sur les enfants naturels.

L'article 383 dit que les articles 376, 377, 378 et 379 seront communs aux père et mère des enfants naturels légalement reconnus.

Mais cet article est-il limitatif ou seulement énonciatif? Nous pensons qu'il n'est qu'énonciatif et que les articles 371, 372 et 374 sont applicables à la famille naturelle. Tous les droits (sauf celui

(1) DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, tome VI.

de jouissance légale) que la loi confère aux parents légitimes doivent appartenir aux parents naturels.

C'est ce que disait M. Réal dans son discours au Corps législatif :

« Le législateur qui a reconnu que cette puissance paternelle, uniquement fondée sur la nature, ne recevait de la loi civile qu'une confirmation, a dû, pour être conséquent, accorder au père et à la mère, qui reconnaissent leur enfant naturel, une puissance et des droits semblables à ceux auxquels donne naissance une union légitime (1), mais ne tenant compte des différences de détail, résultant de la condition des père et mère naturels et de celle des père et mère légitimes.

SECTION IV

A qui cette puissance appartient-elle en cas de divorce et en cas de séparation de corps ?

Demandons-nous, en terminant, à qui appartient la puissance paternelle dans le cas de divorce ou de séparation de corps des parents.

Pendant l'instance en divorce ou en séparation de corps, le président du tribunal peut statuer

(1) M. RÉAL, Exposé des motifs dans la séance du Corps législatif du 14 mars 1803.

sur la garde des enfants. Quand le tribunal est saisi, il peut modifier les mesures prises par le président.

Après le prononcé du jugement de divorce ou de séparation de corps, il importe de distinguer les deux hypothèses.

§ I. — En cas de divorce

Que dit l'article 302? Les enfants seront confiés à l'époux qui aura obtenu le divorce, à moins que le tribunal, sur la demande de la famille ou du ministère public, n'ordonne pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'entre eux soient confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne.

Remarquons de suite que le tribunal a un pouvoir discrétionnaire, non d'office, mais sur la demande qui lui est faite, ou par l'un des époux, ou par un membre du conseil de famille, ou par le ministère public.

La question paraît simple au premier abord. Il faut cependant distinguer entre les différents droits, dont l'ensemble compose la puissance paternelle.

Disons d'abord que, si le divorce est prononcé au profit du père, celui-ci conserve tous les droits. Il n'y a rien de changé.

Dans le cas, au contraire, où le divorce est prononcé contre le mari, tous les droits qui constituent la puissance paternelle sont-ils dévolus à la mère? Nous ne le croyons pas.

Quant au droit de garde, la loi s'étant prononcée, il n'y a pas de difficulté. Il appartiendra certainement à la mère. La tutelle ne pouvant commencer qu'à la mort de l'un des époux, la question ne peut pas être soulevée.

Relativement au droit de correction, la question est plus délicate. Elle est d'ailleurs controversée.

Dans une première opinion, on dit que l'article 302, ne parlant que de la garde des enfants, laisse subsister le droit de correction en faveur du père, alors même que le divorce aurait été prononcé contre lui.

Dans une opinion contraire, on soutient que le droit de correction se rattache au droit de garde et ne peut en être séparé.

Il serait désirable que le législateur se prononçât nettement sur ce point.

Le premier système est évidemment plus juridique. Malgré tout, nous comprenons sans peine qu'on ne sépare pas ces deux droits, dont l'un paraît être la conséquence de l'autre. Il est difficile d'admettre que celui qui a le droit de garde n'ait pas celui de correction, qui s'y rattache étroitement.

Quid, relativement au consentement du mariage ?

L'article 148 du Code civil dit :

« En cas de dissentiment, le consentement du père suffit. »

Et l'article 149 ajoute :

« Si l'un des deux est mort ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit. »

Nous ne nous trouvons ici dans aucune des hypothèses prévues par la loi. Dans les articles que nous venons de citer, le législateur ne vise que la mort, l'interdiction et l'absence déclarée, et non le divorce.

Le droit de consentir au mariage appartiendra donc au père, même lorsque le divorce aura été prononcé contre lui.

En est-il de même quant au droit d'émancipation ? Nous le croyons également. En effet, si, dans les articles 373, 384 et 389, la loi subordonne l'exercice de certains droits à la durée du mariage, il n'en est pas de même pour l'émancipation.

De plus, dans l'exposé des motifs du titre de la minorité, Berlier dit :

« Le mineur qui a ses père et mère ne pourra

recevoir l'émancipation que de son père; si l'un des deux est mort, le droit d'émancipation appartiendra au survivant. »

Il n'est nullement question du divorce. Le droit d'émancipation doit donc continuer aussi à appartenir au père, après comme avant le divorce, alors même que le jugement aurait été prononcé contre lui. Nos deux questions sont d'ailleurs exceptionnelles et ne se rattachent nullement au cas prévu par l'article 302.

§ II. — En cas de séparation de corps.

Avant la loi de 1886, la question était fort discutée. L'article 302 n'était, en effet, pas applicable à la séparation de corps. Le droit de garde lui-même devait donc appartenir au père, si on s'en tenait au texte même de la loi. C'est ce qu'avaient décidé quelques cours (1).

Mais l'opinion contraire avait été adoptée par le plus grand nombre des cours (2).

Citons notamment l'arrêt de la cour de Paris du 5 juillet 1853 :

« Considérant que l'article 373, qui confère au

(1) Liège, 1809; Bruxelles, 1807.

(2) Requête, 1821, 1841, 1842. — Lyon, 1825; Bruxelles, 1829; Paris, 1853.

mari, durant le mariage, l'exercice exclusif de la puissance paternelle, subit, dans ses effets, une modification nécessaire lorsque la séparation a dissout le mariage; que, dans ce cas, un double devoir incombe aux magistrats : le premier, de veiller à l'intérêt des enfants et d'empêcher que, au milieu des conflits qu'engendre la désunion des époux, leur éducation, leur moralité, leur bien-être ne soient compromis ; le second, de prendre des mesures pour que ce droit sacré du père et de la mère soit respecté, et que ni l'un ni l'autre n'en soit dépouillé par des actes ou des faits accomplis à son insu. »

Citons encore un arrêt de la Chambre des requêtes, du 20 juin 1841 :

« Attendu que si, à la différence du divorce, la séparation de corps relâchant seulement et ne rompant pas le lien, laisse subsister le mariage, et avec lui la puissance paternelle, celle-ci, ne pouvant ni ne devant être en opposition avec l'intérêt des enfants, ne fait point obstacle à ce que leur entretien et leur éducation soient refusés au père, qui cependant est toujours dans le droit de les surveiller. »

Et plus loin, le même arrêt, constatant que l'entretien et l'éducation de l'enfant jusqu'à sa majorité devaient être confiés à la mère, ajoute :

« Attendu qu'en le décidant ainsi, les juges n'ont fait qu'user d'un droit dont l'exercice est exclusivement abandonné par la loi à leur conscience et à leurs lumières. »

Voici enfin un arrêt de la même Chambre, du 22 février 1842, qui déclare qu'une femme séparée de corps peut emmener ses enfants dans une autre ville que celle qu'habite son mari :

« Attendu, dit la cour, qu'en décidant que la dame X..., séparée de corps, aura la faculté d'établir sa résidence à Nantes, en emmenant avec elle ses enfants, l'arrêt attaqué n'a pu porter aucune atteinte aux droits que l'article 303 et les règles constitutives de la puissance paternelle et maritale pouvaient consacrer en faveur du demandeur. »

Cette jurisprudence était moins conforme à la loi, mais plus humaine et plus favorable aux enfants.

Aujourd'hui la loi de 1886 a fait cesser cette divergence, car elle déclare l'article 240 applicable en cas de séparation de corps. Le tribunal peut donc prendre toutes les mesures qui lui paraîtront nécessaires dans l'intérêt de l'enfant.

Nous appliquerons, par conséquent, ici les mêmes règles qu'en cas de divorce. La garde de l'enfant appartiendra à celui auquel le tribunal l'aura confié.

Nous n'avons rien à dire de plus quant aux droits de correction, d'émancipation et de consentement au mariage. Il est évident que ce que nous avons dit à cet égard, en matière de divorce, doit s'appliquer à plus forte raison à la séparation de corps, le mariage n'étant pas dissous en pareil cas.

Si nous nous occupions de la puissance paternelle, relativement aux biens, il y aurait une distinction à faire quant à l'usufruit légal, selon que les parents seraient divorcés ou seulement séparés de corps, mais cela nous entraînerait au delà de la limite que nous nous sommes tracée, et que nous ne croyons pas devoir franchir.

SECTION V

Extinction de la puissance paternelle.

En dehors de la mort des parents ou de l'enfant, la puissance paternelle s'éteint aussi aujourd'hui par l'âge et l'émancipation de l'enfant, sauf les restrictions dont nous avons parlé au cours de cette étude.

CHAPITRE II

Législations étrangères

Nous n'avons pas la pensée de présenter le tableau complet de la puissance paternelle dans les législations étrangères.

Mais, après avoir tracé l'historique de cette puissance à Rome et en France, il nous semble opportun de faire connaître les principes adoptés en cette matière par un certain nombre de pays étrangers.

Disons de suite, pour simplifier notre examen, que, ces principes se rattachant essentiellement au droit naturel, un grand nombre de dispositions législatives se retrouvent dans tous les corps de lois, avec des nuances souvent peu sensibles. Nous aurons donc à signaler seulement quelques différences (1).

(1) DALLOZ, *Puissance paternelle*.

Presque toutes les législations actuelles admettent que la puissance paternelle appartient au père et à la mère ; mais, pendant le mariage, c'est le père qui l'exerce.

Elles reconnaissent également que cette puissance n'appartient pas aux autres ascendants, contrairement au droit romain (1).

On admet aussi partout que les parents ont droit de garder les enfants dans la maison paternelle et de les corriger d'une manière modérée, ainsi que l'indique le Code civil.

Cependant, à la Louisiane, l'enfant doit rester chez ses parents jusqu'à la puberté fixée à quatorze ans pour les hommes et douze ans pour les femmes. Dans le canton du Tessin, on peut empêcher le fils de s'engager avant vingt ans.

Aux îles Ioniennes, le magistrat a le pouvoir d'ordonner que l'enfant quitte la maison paternelle en cas de motifs graves, s'il a de mauvais exemples sous les yeux (2).

En Danemark, les parents peuvent déshériter les enfants dont ils sont mécontents.

Aux États-Unis, la détention de l'enfant n'a

(1) DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code civil.*

(2) Idem.

jamais lieu dans une maison de correction. Il ne est de même en Angleterre. Le père peut déléguer pendant sa vie une partie de l'autorité paternelle au précepteur de son fils, qui reçoit de lui le droit de le réprimer et de le corriger autant que cela est nécessaire (1).

En Prusse, la détention doit être autorisée par l'empereur ou le ministre de la justice (2).

La puissance paternelle prend fin par les mêmes causes que dans notre Code. Il y a lieu néanmoins d'observer qu'en Bavière le mariage ne met pas fin à la puissance paternelle. En Russie, il ne fait que la restreindre. Dans l'Amérique du Sud, elle cesse par le bannissement, le mariage, l'émancipation, l'inceste ou lorsque l'enfant est élevé à une dignité (3). La puissance paternelle s'éteint par l'âge de l'enfant, à dix-huit ans, en Danemark.

Enfin, en Autriche, la puissance paternelle est suspendue, si le père est déclaré prodigue, tombé en démence ou condamné à la prison. Il en est de même s'il est absent pendant une année, ou émigré. En ce cas, un tuteur est nommé aux enfants mineurs (4).

(1) BLACKSTONE, livre I.

(2) DE SAINT-JOSEPH, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code civil.*

(3) Idem.

(4) DALLOZ, *Puissance paternelle.*

Le Code autrichien a prévu, comme on le voit, plusieurs cas importants omis par nos législateurs et qui méritaient d'être signalés.

CHAPITRE III

Lois diverses — Préambule

Nous avons terminé l'étude de la puissance paternelle depuis les Romains jusqu'à nous, et nous avons pu constater les changements importants qui se sont opérés en cette matière, à travers les siècles.

Il nous reste à étudier les transformations bien plus importantes qui ont eu lieu depuis la promulgation du Code civil jusqu'à nos jours.

Quelques-unes des lois sur la puissance paternelle ne renferment que de nouvelles modifications de ce pouvoir, sur des points déterminés.

Nous ne nous y arrêterons pas, nous nous contenterons de les citer et d'indiquer en quelques mots le sujet qu'elles ont traité. D'autres, au contraire, ont porté une atteinte très sérieuse aux

droits du père et sont même arrivées à l'anéantir dans certaines circonstances prévues par la loi. Nous les examinerons avec soin, en nous attachant tout particulièrement à la loi du 24 juillet 1889.

CHAPITRE IV

Loi du 23 décembre 1874 sur la protection des enfants en bas âge

On ne saurait trop louer le législateur d'avoir cherché à diminuer la mortalité des enfants élevés au loin chez les nourrices, mortalité qui atteignait de déplorables proportions. Pour parvenir à ce but, la loi du 23 décembre 1874 a soumis à la surveillance de l'administration tout enfant mis en sevrage, ou placé moyennant salaire, chez une nourrice, en dehors du domicile des parents.

Cette surveillance est sagement organisée et oblige les nourrices à faire toutes les déclarations nécessaires pour que la loi reçoive une complète exécution.

Quant aux parents, ils doivent, lorsqu'ils placent un enfant en nourrice, en faire la déclaration soit à la mairie du lieu de naissance de l'enfant,

soit à celle de leur résidence actuelle, et remettre à la nourrice un bulletin contenant un extrait de l'acte de naissance de l'enfant. A défaut par eux de le faire, ils encourent les peines portées par l'article 346 du Code pénal. En outre, afin de stimuler le zèle des nourrices, en leur assurant le paiement de ce qui leur est dû, la loi met leur créance au rang des créances privilégiées de l'article 2101 du Code civil.

CHAPITRE V

Loi du 28 mars 1882 sur l'instruction primaire

Le législateur s'est également préoccupé de l'instruction de l'enfant. Les lois des 22 mars 1841, 19 mai 1874 et surtout celle du 28 mars 1882 ont réglementé cette importante matière. L'instruction primaire a été proclamée obligatoire. Mais, pour ne pas porter une atteinte trop grave à l'autorité du père de famille, il lui a été permis d'indiquer le mode d'éducation qu'il choisissait pour ses enfants.

Il détermine seul l'éducation qu'il lui convient de leur faire donner, soit dans une école publique ou privée, soit dans la famille, à la charge par lui d'en prévenir le maire quinze jours au moins avant la rentrée des classes.

Seulement, si l'enfant est élevé chez son père, il doit subir chaque année un examen, et s'il n'y

satisfait pas, le père est obligé de l'envoyer dans une école publique ou privée, pour compléter son instruction. Afin d'assurer l'exécution de ces prescriptions, la loi édicte un certain nombre de peines contre les contrevenants.

CHAPITRE VI

Lois sur le travail des enfants, des filles mineures et des femmes dans les établissements industriels

Ce n'était pas assez de protéger l'enfant et de développer son intelligence, il fallait encore le protéger dans sa jeunesse. Les parents, peu soucieux de la santé de leurs enfants, les sacrifiaient trop facilement, afin de pouvoir profiter de leur salaire. Il en résultait de graves inconvénients auxquels le législateur a dû parer. Dans ce but, il a édicté les lois des 22 mars 1841, 19 mai 1874 et celle du 2 novembre 1892. Elles ont pour but de réglementer le travail des enfants et des femmes employés dans l'industrie.

D'après la loi de 1841, les enfants ne pouvaient être admis qu'à huit ans. Tout travail de nuit était interdit aux enfants âgés de moins de treize ans. Les enfants au-dessous de seize ans ne travail-

laient pas les dimanches et jours de fêtes reconnues par la loi.

Les contrevenants encouraient des peines de simple police et, en cas de récidive, des peines correctionnelles.

La loi de 1874 était plus sévère encore. Elle s'appliquait à toute espèce de manufactures.

Les enfants n'y devaient être admis qu'à douze ans révolus. Jusqu'à seize ans, on ne devait pas les employer à un travail de nuit. Les filles n'étaient pas admises dans les usines et manufactures avant l'âge de vingt et un ans.

Jusqu'à seize ans, les garçons, et jusqu'à vingt et un ans, les filles, n'étaient employés ni les dimanches, ni les jours de fête.

En cas de contravention, le tribunal de police correctionnelle était compétent.

La loi de 1892 a étendu le cercle des prohibitions. Les enfants ne doivent être employés qu'à l'âge de treize ans. Les inspecteurs constatent, en outre, si les enfants ne sont pas astreints à un travail au-dessus de leurs forces, avant d'avoir atteint l'âge de seize ans. La loi interdit aussi le travail de nuit jusqu'à dix-huit ans, pour les hommes, et jusqu'à leur majorité pour les filles. Les enfants des deux sexes, âgés de moins de treize ans, ne peuvent être employés, comme

acteurs et figurants, aux représentations données dans les théâtres et cafés-concerts sédentaires. Les contrevenants sont poursuivis devant le tribunal de simple police et, en cas de récidive, devant le tribunal correctionnel.

Telles sont les principales lois qui sont venues apporter quelques entraves à l'exercice de la puissance paternelle. Toutes ont pour but de protéger l'enfant, d'améliorer son sort et sont ainsi profondément utiles au progrès social.

Mais si elles portent atteinte au pouvoir du père de famille, du moins ne font-elles que le restreindre, le limiter, sans le faire disparaître.

Il n'en est pas de même des dispositions législatives qu'il nous reste à étudier. Elles anéantissent le pouvoir du père de famille, en cas d'indignité. Elles prononcent, en effet, de véritables déchéances de sa puissance. Nous voulons parler des articles 334 et 335 du Code pénal, de la loi du 7 décembre 1874, et enfin de la loi du 24 juillet 1889.

CHAPITRE VII

Articles 334 et 335 du Code pénal

Le pouvoir que la loi donne aux parents sur leurs enfants a pour but de les protéger et de les défendre. Mais si, loin de donner de bons exemples à leurs enfants, ils abusent de leur puissance pour faire le mal, la loi doit intervenir pour supprimer la source de ces abus.

Tels étaient déjà les principes admis dans notre ancienne jurisprudence. Nous en trouvons un exemple dans un réquisitoire prononcé devant le Parlement de Provence :

« S'il faut prendre garde, dit l'avocat général, de détruire l'autorité paternelle, il faut prendre garde aussi d'établir la tyrannie. Les lois ont tracé aux pères la route qu'ils ont à suivre en corrigeant leurs enfants; s'en écarter, c'est abuser de l'autorité paternelle (1). »

(1) MERLIN, *Puissance paternelle*, section III, § 1.

Graverol dit également que, « quoique les enfants soient sous la puissance de leur père, ils peuvent s'en tirer quand ils sont extrêmement maltraités (1). »

Le Code pénal n'a prononcé de déchéance que dans un seul cas visé par les articles 334 et 335, celui où les parents favorisent la prostitution et la corruption de leurs enfants.

On s'est demandé s'il en serait de même dans d'autres circonstances : dans le cas, par exemple, où le père commettrait un acte odieux sur sa fille, ou lorsque des parents brutaliseraient leurs enfants.

M. Demolombe pense qu'il est indispensable que les tribunaux interviennent pour remédier aux abus de la puissance paternelle lorsque la santé ou la moralité des enfants sont compromises.

« Il faut, dit-il, venir au secours de l'enfant, la raison, la morale, l'humanité même l'exigent dans l'intérêt de l'enfant, dans l'intérêt de l'ordre public; mais, ajoute-t-il, il n'y a pas de texte (2). »

M. Demolombe énumère alors les différents motifs qui, d'après lui, doivent permettre aux

(1) MERLIN, *Puissance paternelle*, section III, § 1.

(2) DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, tome VI.

tribunaux d'intervenir et d'interposer leur autorité, malgré le silence de la loi :

« Nous ferons, dit-il, comme nous pourrons ; mais il faut que nous en venions là, les moyens d'y arriver logiquement, juridiquement ne nous manquent pas (1). »

A notre grand regret, nous ne pouvons pas partager cette opinion. Certes, le sentiment qui l'a déterminée est très louable, et il serait à désirer que le législateur permit aux tribunaux d'imposer leur autorité en beaucoup de circonstances ; mais, en présence du silence de la loi, il nous paraît impossible qu'ils puissent le faire juridiquement. Si les parents se rendent coupable d'un crime ou d'un délit sur leurs enfants, ils pourront être poursuivis, mais ils n'encourront aucune déchéance de leur puissance, en dehors des cas prévus par les articles 334 et 335 du Code pénal.

Ce qui nous confirme dans notre opinion, c'est que le législateur, comprenant combien la loi était imparfaite, a voulu combler cette lacune, en votant la loi du 24 juillet 1889.

Tout ce que nous pouvons admettre, c'est que l'opinion que nous combattons étant essentiellement humanitaire, on ne saurait blâmer une juris-

(1) DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, tome VI.

prudence qui mettrait cette théorie en pratique, mais nous ne saurions la reconnaître juridique.

La déchéance prononcée pour faits délictueux contre l'un des enfants s'étend-elle à tous les autres?

M. Duranton le pense. M. Demolombe est d'un avis contraire. Cette seconde opinion nous paraît préférable.

Ici encore, on peut critiquer la loi; mais cela ne donne pas le droit de la modifier, lorsqu'elle ne prête à aucune ambiguïté. Le texte est très clair :

« Le coupable, dit l'article 335, sera de plus privé des droits et avantages à lui accordés sur la personne et les biens de l'enfant par le Code civil. »

C'est ce que dit M. Demolombe :

« Les termes de l'article 335 me paraissent n'appliquer la déchéance qu'aux droits et avantages accordés sur la personne et les biens de l'enfant, c'est-à-dire de l'enfant lui-même et lui seul, envers lequel le père ou la mère a commis le délit (1). »

Reste une troisième question :

Lorsque la déchéance est prononcée, le père est-il privé de tous les droits de la puissance paternelle?

(1) DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, tome VI.

Peut-il encore émanciper l'enfant? Celui-ci doit-il obtenir son consentement pour se marier, ou se donner en adoption? Tous points discutés.

L'article 335 ne visant que les droits et avantages accordés par la loi, au titre de la puissance paternelle, ceux dont nous venons de parler, ne se trouvant pas sous cette rubrique, ne sauraient lui être enlevés. Le père, ayant la plénitude de la puissance paternelle, doit conserver tout ce qui ne lui a pas été retiré.

M. Demolombe, tout en disant qu'il est très porté à adopter une autre opinion, reconnaît que l'article 335 du Code pénal n'enlève pas les différents droits au père, et que, comme il s'agit d'une loi pénale, elle ne saurait être étendue :

« Il faut avouer, ajoute-t-il, que nous n'avons pas de réponse nette et catégorique contre cet argument de texte (1). »

Dans une autre opinion, soutenue par M. Valette sur Proudhon, la déchéance est totale. Le législateur, en prononçant la déchéance de la puissance paternelle, a compris tous les droits qu'elle confère :

« La loi pénale ne doit pas, il est vrai, être étendue aux cas non prévus, mais la déchéance est

(1) DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, tome VI.

plutôt une conséquence de la peine que la peine elle-même (1). »

Cette opinion paraît mieux répondre au désir du législateur qui voudrait soustraire l'enfant à l'autorité de parents indignes, mais elle n'est pas conforme au texte. Il nous paraît donc difficile de l'admettre.

(1) DALLOZ, *Puissance paternelle*.

CHAPITRE VIII

Loi du 7 décembre 1874, relative à la protection des enfants employés dans les professions ambulantes.

Nous sommes ici en présence d'un second cas de déchéance de la puissance paternelle.

La loi du 7 décembre 1874 défend à tout individu, autre que les père et mère, de faire exécuter des tours de force périlleux ou exercices de dislocation, par des enfants âgés de moins de seize ans.

Elle défend aussi de les employer avant cet âge dans les représentations, prohibition qui concerne les saltimbanques, montreurs d'animaux ou directeurs de cirque. Quand il s'agit des père et mère, la défense n'existe que pour les enfants de moins de douze ans.

Cette loi défend encore de livrer des enfants,

pupilles ou apprentis, gratuitement ou à prix d'argent, avant l'âge de seize ans, à ceux qui exercent les professions que nous venons d'indiquer, ou de les placer sous la conduite de vagabonds ou de gens faisant métier de mendicité.

En dehors des peines édictées par la loi, les père et mère peuvent encourir la déchéance de la puissance paternelle. C'est là le point le plus important à signaler pour le sujet que nous traitons.

La même déchéance est encourue par ceux qui auront employé des enfants de moins de seize ans à la mendicité habituelle.

Remarquons que la loi de 1874 ne prononce pas cette déchéance de plein droit; ce qui s'explique facilement, puis qu'elle ne s'occupe que de délits d'une certaine gravité, il est vrai, mais non d'actes odieux, comme ceux que prévoit l'article 334 du Code pénal.

Par contre, aucune discussion ne peut s'élever ici sur l'étendue de la déchéance. Elle est certainement complète et se réfère à tous les droits attachés à la puissance paternelle.

Telle est, à ce point de vue, l'économie de la loi. Elle a réalisé un véritable progrès, relativement à la protection de l'enfance.

Mais elle ne visait qu'un certain nombre d'indi-

vidus et ne fournissait aucun moyen pratique pour être mise à exécution.

Il restait donc beaucoup à faire pour que l'enfance fût entièrement protégée contre des parents indignes d'exercer l'autorité paternelle.

C'est ce qu'a fait la loi du 24 juillet 1889, que nous allons étudier maintenant, et qui sera, pour nous, l'objet d'un long et sérieux examen.

TROISIÈME PARTIE

DÉCHÉANCE DE LA PUISSANCE PATERNELLE

(Loi du 24 juillet 1889, sur la protection des Enfants maltraités ou moralement abandonnés. — Titre I.)

INTRODUCTION

Si on avait l'habitude de mettre une épigraphe en tête des lois, celle qui conviendrait à la loi du 24 juillet 1889 est le passage bien connu de Juvénal :

« *Maxima debetur puero reverentia* (1). »

Faire respecter l'enfant, empêcher que des parents indignes ne lui donnent de funestes et hon-

(1) JUVÉNAL, satire XIV.

teux exemples, ne le brutalisent ou le privent de sa liberté, tel est, en effet, le but qu'a voulu atteindre le législateur.

On peut donc affirmer que cette loi est essentiellement moralisatrice et bienfaisante.

Depuis longtemps elle était réclamée par l'opinion publique, et les magistrats, lorsqu'ils condamnaient des parents coupables d'actes odieux commis sur leurs enfants, regrettaient de ne pas pouvoir les soustraire à leur autorité. Aussi arrivait-il que des enfants maltraités n'osaient pas se plaindre ou expiaient cruellement les déclarations qu'ils avaient faites à la justice.

Malgré l'utilité que présentait la loi si désirée, il fallut cependant plusieurs années pour qu'elle fût votée. Des difficultés de plusieurs sortes en retardèrent la confection.

Nous ne prétendons pas en faire l'historique ; il convient pourtant de faire connaître les différentes phases par lesquelles ce projet de loi dut passer, avant que le vote des Chambres en fit une loi.

En 1880, une commission était organisée par le ministre de la justice, afin d'étudier les mesures à prendre pour protéger l'enfance. MM. Roussel, Dufaure, Schœlcher, Jules Simon déposèrent, le 27 janvier 1881, sur le bureau du Sénat, un projet de loi relatif à la protection de l'enfance.

Le 8 décembre de la même année, le gouvernement en présenta un autre au Sénat. La commission, nommée pour l'étudier, déposa son rapport le 25 juillet 1882. Ce rapport fut longuement discuté.

Le 10 juillet 1883, le Sénat vota ce projet de loi, qui fut présenté dans le même mois à la Chambre des députés. M. Gerville-Réache fut nommé rapporteur. Il déposa son rapport le 26 mai 1884. Malheureusement, la Chambre vit expirer son mandat avant d'avoir pu voter cette loi.

Le 13 juillet 1886, M. Gerville-Réache représenta le même projet qui fut pris en considération par un vote du 20 novembre suivant.

Le gouvernement, de son côté, ne resta pas inactif. Il soumit un projet de loi au Conseil d'État et au Conseil supérieur de l'Assistance publique. Le secrétaire fut M. Brueyre. Le Conseil d'État fut d'avis d'adopter le projet du gouvernement avec quelques modifications. Quant au Conseil supérieur de l'Assistance publique, il déclara également que le projet pouvait être adopté, en réclamant toutefois de légers changements.

Ce fut après tous ces préliminaires que, dans la séance du 22 décembre 1888, le président du Conseil, Ministre de l'Intérieur, et le garde des sceaux déposèrent, sur le bureau de la Chambre,

le projet de loi sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés.

La commission accepta en partie le projet du gouvernement et ne conserva que les titres concernant la déchéance de la puissance paternelle et le délaissement des enfants. Le projet de loi, après une double délibération, fut voté par la Chambre, le 25 mai 1889. Il fut alors présenté au Sénat. La loi fut votée le 13 juillet 1889 et promulguée le 24.

Ce ne fut, on le voit, qu'après une longue préparation que la loi réclamée depuis si longtemps fut enfin votée par les Chambres.

Étudions maintenant l'exposé des motifs.

En présentant le projet de loi à la Chambre, le ministre, après avoir rappelé les vicissitudes qu'il avait subies, annonça qu'on avait scindé le projet.

« On règle immédiatement, dit-il, les dispositions qui doivent mettre un terme aux abus les plus graves, en ajournant au moment où les résultats de l'enquête seront connus l'examen des améliorations qui, toutes salutaires qu'elles soient, ne présentent pas le même caractère de nécessité et d'urgence (1). »

(1) *Journal officiel*, 1888. Doc. parlementaires, Exposé des motifs.

Le ministre indique ensuite le but cherché par le gouvernement :

« Protéger les enfants contre les parents indignes, en prononçant contre eux la déchéance de la puissance paternelle, procurer aux administrations publiques, aux associations de bienfaisance, et aux personnes charitables le moyen légal de pourvoir efficacement et avec sécurité à l'éducation des enfants qu'elles recueillent ; enfin, régler la dévolution à l'Assistance publique de la puissance paternelle retirée aux parents, ou délaissée par eux, tels sont les objets de cette proposition (1). »

Nous avons tenu à citer textuellement ces deux passages de l'exposé des motifs, parce qu'ils indiquent bien les réserves qui ont été faites pour l'avenir et le but qu'on a voulu atteindre en faisant la proposition de loi.

Il y avait eu de nombreux travaux préparatoires, dont on a largement tiré profit. Le ministre signala les documents qui avaient été fournis au gouvernement : un rapport complet fait au Sénat par M. Roussel, les délibérations de cette Assemblée, le rapport de M. Gerville-Réache en 1884, ainsi que l'exposé des motifs présenté par ce député.

(1) *Journal officiel*, 1888. Doc. parlementaires. Exposé des motifs.

Il rappela, enfin, que le gouvernement avait provoqué l'avis du Conseil d'État, et celui du Conseil supérieur de l'assistance publique :

« C'est, dit-il, après avoir procédé à cette vaste consultation, qu'on a rédigé le projet (2). »

Le président du conseil examina ensuite chacun des articles.

Nous ne le suivrons pas sur ce terrain, nous réservant de revenir aux documents que nous fournira l'exposé des motifs, lorsque nous commenterons chacun des articles de la loi.

Il est cependant une question que nous voulons traiter immédiatement, parce qu'elle ne se rattache pas spécialement à un des articles du projet et qu'elle a donné lieu à de sérieuses discussions.

Nous voulons parler du droit même que peut avoir le législateur d'enlever la puissance paternelle aux parents qui se sont montrés indignes de l'exercer.

M. Léon Clément, en 1883, lors de la discussion devant le Sénat, se montra fort hostile au projet.

Suivant lui, le législateur ne devait porter au-

(2) *Journal officiel*, 1888. Doc. parlementaires. Exposé des motifs.

cune atteinte à la magistrature domestique du père de famille. Le Code civil l'avait laissée intacte, et si le Code pénal avait permis de le faire, ce n'était que dans une hypothèse unique et déterminée.

M. Bardoux fut le défenseur du projet de loi, qui, du reste, triompha, nous le savons.

Il s'attacha à prouver que la puissance paternelle, telle que la comprenait la loi romaine, n'existait plus, et que même depuis la promulgation du Code civil de grands changements s'étaient produits dans nos mœurs.

Le principe de cette puissance était, d'ailleurs, sagement conservé; mais il était juste d'admettre que l'exercice en pût être supprimé par les tribunaux, dans des cas prévus par la loi.

Nous sommes heureux que cet avis l'ait emporté. Il eût été vraiment très regrettable que la loi ne permit pas aux magistrats d'enlever leur puissance aux parents qui en abuseraient pour faire souffrir leurs enfants ou les corrompre.

Nous redirons volontiers, avec le président du Conseil, dans son exposé des motifs :

« Les parents peuvent-ils revendiquer les droits de la puissance paternelle quand ils s'affranchissent des devoirs? Lorsqu'ils ont favorisé la prostitution de leurs enfants, lorsqu'ils les ont

rendus victimes de leurs brutalités, lorsqu'ils les ont associés à leurs crimes, lorsque leur abjection est prouvée par une double condamnation pour excitation de mineurs à la débauche, paraît-il possible de dire qu'on lèse un droit en leur retirant la faculté de disposer de la personne de leurs enfants (1)? »

Il n'est pas douteux qu'on ne doit pas détruire un principe aussi respectable et fondamental que celui de la puissance paternelle sans les plus graves motifs; mais, quand des parents ont abusé de leur autorité pour faire le mal, pour perdre leurs enfants et compromettre leur avenir, il est indispensable que la justice intervienne et mette un terme à de semblables excès. Le pouvoir du père étant devenu une odieuse tyrannie, il est nécessaire d'y soustraire les enfants.

Mais il faut seulement que cela ait lieu dans des cas exceptionnels et prévus, soit à la suite de condamnations, soit même en dehors de toutes condamnations, en cas d'abandon d'enfants ou de cession volontaire, ou bien quand les parents se sont dégradés par une ivrognerie habituelle, ou une inconduite notoire et scandaleuse, ou lorsqu'ils ont infligé de mauvais traitements à leurs enfants. Il faut enfin que les tribunaux n'agissent

(1) *Journal officiel*, 1888, Doc. parlementaires, Exposé des motifs.

qu'avec une grande circonspection, dans les cas où la loi s'en rapporte à leur sagesse, en leur permettant de substituer leur autorité à celle du père de famille.

Ces préliminaires terminés, passons à l'examen des articles.

CHAPITRE PREMIER

Cas de déchéance

SECTION I

Explication de l'article 1^{er}

L'article 1^{er} porte que les père et mère sont déchus de plein droit, à l'égard de tous leurs enfants et descendants, de la puissance paternelle, ensemble de tous les droits qui s'y rattachent, lorsqu'ils ont été condamnés pour certains crimes ou délits énumérés dans le texte.

Signalons l'importance d'une pareille disposition législative.

Il s'agit d'une déchéance encourue immédiatement par suite de condamnation à l'une des peines prononcées par la cour d'assises ou le tribunal, dans un des cas énoncés dans la loi.

La déchéance est la conséquence obligatoire de la condamnation, sans qu'il soit nécessaire que la juridiction répressive ait statué d'une manière expresse sur ce point. C'est ce qu'a décidé la cour de cassation dans un arrêt récent.

Voici cet arrêt :

« Sur le moyen pris de la violation de l'article 1^{er}, § 2, de la loi du 24 juillet 1889, en ce que l'arrêt aurait omis de prononcer la déchéance de la puissance paternelle ; attendu que, si la déchéance de la puissance paternelle résulte de plein droit des termes de la loi dans les cas prévus par l'article susvisé, il ne suit pas de cette disposition qu'elle doive être prononcée d'office par la cour d'assises, lorsque cette déchéance n'est requise par personne et que, faute de la prononcer, son arrêt doive être cassé, pour omission de prononcer cette condamnation (1). »

Il s'agissait, dans l'espèce, d'un pourvoi formé à l'audience, par l'avocat général, dans l'intérêt de la loi.

Nous trouvons cette mention à la suite de l'arrêt :

« Les auteurs admettent, en général, que la déchéance établie par l'article 1^{er}, n° 2 de la loi de 1889, est encourue de plein droit, en ce sens

(1) Chambre criminelle, 21 septembre 1893 ; Sirey, 1894.

qu'elle résulte du fait même de la condamnation, il n'est pas nécessaire qu'elle soit prononcée par le juge. »

La déchéance, en outre, est totale, c'est-à-dire enlève aux parents coupables des crimes ou délits visés tous les droits qui composent la puissance paternelle. Il n'y a donc pas lieu ici de distinguer, comme nous avons pu le faire avec raison dans un certain nombre de cas déjà examinés au cours de cette étude.

La privation des droits est absolue, les parents perdent leur puissance non seulement à l'égard de l'enfant qui a été leur victime ou leur complice, mais encore à l'égard de tous leurs autres enfants ou descendants.

Il en était autrement dans les cas d'application, soit de l'article 334 du Code pénal, soit des dispositions de la loi du 7 décembre 1874, dont nous avons parlé. Enfin, la déchéance est perpétuelle et non temporaire, ainsi qu'il avait été primitivement question de le décider.

Nous sommes en présence d'une disposition extrêmement rigoureuse. Elle détruit la puissance paternelle, dont elle ne laisse rien subsister.

Une disposition aussi absolue est-elle à l'abri de toute critique ?

Nous admettons sans réserve que la juridiction

répressive puisse statuer sans délai sur la déchéance. Il y a avantage au point de vue du temps et de la dépense. Nous approuvons aussi la disposition qui enlève totalement la puissance paternelle. Tel était, du reste, l'avis du gouvernement et du Conseil d'État. M. Courcelle-Seneuil, rapporteur, avait justement refusé d'admettre « qu'un enfant pût être soumis à deux puissances rivales, celle du père et celle du tuteur (1). »

Il nous paraît également juste de déclarer déchû de cette puissance, à l'égard de tous ses enfants, un père coupable des actes graves mentionnés dans les articles 1^{er} et 2 de la loi. Il s'est, en effet, montré indigne de conserver son autorité, et il ne serait pas prudent de lui confier la garde de ses autres enfants, qui à leur tour deviendraient peut-être victimes de sa brutalité ou de sa lubricité.

Toutefois l'approbation du texte ne peut être donnée sans réserve. Il se peut qu'un père se soit rendu coupable et mérite d'être puni, sans devoir encourir cependant une telle déchéance. S'il a, par exemple, frappé mortellement un fils rebelle, au cours d'une grave altercation, dans laquelle les torts sont du côté du fils, il est peut-être bien rigoureux de lui enlever la puissance paternelle

(1) *Journal officiel*, 1888. Doc. parlementaires, Exposé des motifs.

sur ses autres enfants. Il se peut qu'il soit bon pour eux, et il serait trop sévère de le déclarer déchu de cette puissance à leur égard. Cette déchéance ne serait-elle pas souvent même contraire à l'intérêt des enfants, un étranger ne pouvant avoir pour eux la même affection que leur père ?

Cependant si le jury déclare le père coupable, celui-ci encourt par là même la déchéance.

On objectera qu'en pareille circonstance, le verdict du jury lui sera favorable. On peut espérer que le jury l'acquittera, mais est-on sûr qu'il en sera toujours ainsi ? Il nous semble qu'il est des cas où la loi ferait mieux de laisser aux magistrats la simple faculté de prononcer la déchéance sans leur en imposer l'obligation.

Bien que nous ne nous propositions pas de transcrire le texte de la loi, il nous paraît néanmoins utile d'indiquer, à l'occasion de cet article et du suivant, les crimes et les délits emportant déchéance des parents, soit de plein droit, soit facultativement.

La déchéance est de plein droit :

1° Quand les parents sont condamnés par application du § 2 de l'article 334.

Nous avons déjà parlé de cette déchéance. Nous n'y reviendrons pas. Disons seulement que désor-

mais la déchéance sera totale et absolue, ce qui n'avait pas lieu auparavant.

2° S'ils sont condamnés soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants, ou par un ou plusieurs de leurs enfants.

La loi prévoit deux cas : celui où l'enfant a été victime des actes commis par ses parents, et celui où ces derniers ont perpétré un crime avec lui.

Dans le premier cas, le législateur a voulu sauvegarder la vie ou l'honneur des enfants; dans le second, il a voulu punir les parents qui les entraînent à commettre des crimes avec eux.

3° S'ils sont condamnés deux fois comme auteurs, coauteurs ou complices d'un délit commis sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants.

Remarquons ici qu'il faut une double condamnation, ce qui s'explique facilement, puisqu'il s'agit d'actes beaucoup moins graves. Il aurait été vraiment trop sévère de prononcer la déchéance à la suite d'un premier délit. Le texte, d'ailleurs, vise seulement le cas où le délit a été commis sur la personne de l'enfant

4° S'ils sont condamnés deux fois pour excitation habituelle de mineurs à la débauche,

Comme il ne s'agit plus dans ce cas des propres enfants du condamné, la loi exige encore une double condamnation. C'est avec raison, du reste, qu'après une seconde condamnation, elle enlève la puissance paternelle au coupable, un individu qui corrompt ainsi la jeunesse étant indigne d'avoir la garde de ses enfants.

A quels parents la déchéance de la puissance paternelle s'applique-t-elle ? Aux père, mère et à tous les ascendants.

Peut-on tirer argument de ce que ces derniers sont mis au nombre de ceux auxquels la puissance paternelle peut être enlevée pour prétendre qu'ils ont, à l'occasion, une puissance toute semblable à celle des père et mère ?

Nous ne le pensons pas. Si la loi de 1889 fait figurer les ascendants dans son texte, elle n'en parle que dans notre article et l'article 12, mais seulement au point de vue de la pension qui devra être payée au tuteur. Il n'en est plus question dans les autres. Du reste, comme la loi vise tous les cas où la puissance paternelle peut s'exercer, il est tout naturel qu'elle mentionne les ascendants, puisque, s'ils n'ont pas tous les droits qui composent la puissance paternelle, du moins en ont-ils quelques-uns dans des cas exceptionnels, ainsi que nous l'avons déjà expliqué.

Mentionnons encore que le droit même de voir leurs enfants n'a pas été conservé aux parents qui sont déchus de la puissance paternelle. Tous les droits sont perdus, celui-là comme les autres. Cela nous permet d'affirmer, une fois de plus, que les ascendants n'ont pas ce droit. Il est, en effet, de l'essence de la puissance paternelle, il ne saurait donc leur appartenir, puisqu'ils n'ont pas cette puissance.

Disons en terminant, que l'obligation imposée par les articles 205, 206, 207 du Code civil continue à subsister entre les ascendants déchus et leurs enfants.

Ces articles se réfèrent à la pension alimentaire due par les enfants aux père, mère et ascendants qui sont dans le besoin.

L'article 207 déclare, du reste, que l'obligation est réciproque entre eux.

On comprend que la loi ait conservé le droit des ascendants à une pension, même en cas de déchéance. En effet, quelque coupables que soient les parents, il est impossible que leurs enfants ne leur fournissent pas ce qui leur est nécessaire pour vivre. Il y a là une situation analogue à celle de deux époux entre lesquels la séparation de corps a été prononcée et qui restent également soumis à une obligation réciproque de pension alimentaire.

SECTION II

Explication de l'article 2.

Passons à l'article 2, c'est-à-dire aux cas de déchéance facultative. Qui peut encourir cette déchéance? Les père et mère condamnés pour un des faits indiqués dans le texte.

Il faut ici que la déchéance soit demandée et accordée pour qu'elle existe. Cela se comprend, du reste, les faits énoncés dans l'article 2 étant moins graves que ceux qui sont énumérés dans l'article 1^{er}.

Sont frappés facultativement de déchéance :

1° Les père et mère condamnés aux travaux forcés à perpétuité ou à temps, ou à la réclusion, comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime autre que ceux prévus par les articles 86 à 101 du Code pénal.

Les articles exceptés sont relatifs à des crimes politiques. On s'explique sans peine que les infractions de cette nature n'entraînent pas de déchéance. On peut s'en rendre coupable sans cesser d'être digne d'élever ses enfants.

2° Les père et mère condamnés deux fois pour séquestration, suppression, exposition ou abandon d'enfant et pour vagabondage.

C'est avec raison que la loi a exigé la récidive pour les délits prévus par ce texte. Les infractions indiquées, quoique graves, ne le sont pas assez pour entraîner la déchéance après une première faute.

On s'est demandé, à ce sujet, comment on pouvait concilier notre article avec le § 2 de l'article 1^{er}.

Il y a, en effet, certaines infractions qui sont tantôt des délits, tantôt des crimes, selon les circonstances. La suppression d'enfant, par exemple, qui est un crime si l'enfant a vécu, est seulement un délit dans le cas contraire.

Il est intéressant d'en faire la distinction. Lorsqu'on applique l'article 1^{er}, la déchéance est encourue de plein droit, et dès qu'une seule condamnation a été prononcée. Si, au contraire, on applique l'article 2, la déchéance est facultative et ne peut frapper les parents qu'après une seconde condamnation.

Cette question a été tranchée par un arrêt de la Cour de cassation. D'après cet arrêt, la conciliation des textes est facile. Si l'infraction constitue un crime, l'article 1^{er} sera appliqué, et ce sera l'article 2 s'il ne s'agit que d'un délit.

« Attendu, dit l'arrêt, que la veuve X... se trouvait dans le premier des cas prévus par le § 2 de

l'article 1^{er}; que néanmoins l'arrêt attaqué a refusé de la déclarer déchue de la puissance paternelle, en se fondant à tort sur les dispositions de l'article 2 de la loi du 24 juillet 1889;

« Attendu que cet article, qui laisse au juge du fond le droit d'apprécier si la déchéance doit être prononcée, prévoit, dans son § 1^{er}, le cas où le père et la mère sont condamnés pour des crimes autres que ceux commis sur la personne d'un ou de plusieurs de leurs enfants; que, quant au § 2 du même article, il ne s'occupe évidemment que des faits de séquestration, suppression ou abandon d'enfants, constituant de simples délits....; qu'il est impossible d'admettre que le § 2 de l'article 2, comprenne toutes les condamnations prononcées à raison des faits qu'il vise, même lorsque ces faits constituent des crimes, sans mettre l'article 2 en contradiction absolue avec l'article 1^{er} de la loi (1). »

On a donné une autre interprétation de la distinction faite par les deux articles.

L'article 1^{er} viserait, dans son § 2, les crimes, et, dans le § 3, les délits commis par des parents sur leurs propres enfants, et, dans l'article 2, les faits, crimes ou délits commis sur des enfants étrangers.

(1) DALLOZ, 1890, I. 233.

Cette interprétation est assez ingénieuse et paraît en conformité avec les textes. L'article 1^{er} dit, en effet, sur la personne d'un ou plusieurs de leurs enfants, et l'article 2 simplement, suppression d'enfants.

3° Les père et mère condamnés par application de l'article 2, § 2, de la loi du 23 janvier 1873.

Nous sommes ici en présence de la loi sur l'ivresse. On sait quel ravage fait l'alcoolisme dans certaines classes, et quelles en sont les terribles conséquences. On ne peut donc qu'approuver la sévérité du législateur.

Toutefois les tribunaux, qui ont, du reste, un droit souverain d'appréciation, feront bien de ne prononcer la déchéance qu'avec discrétion.

Le même paragraphe prononce la déchéance dans les cas prévus par les articles 1^{er}, 2 et 3 de la loi du 7 décembre 1874, dont nous avons déjà parlé. Ce n'est pas une répétition inutile, car la loi de 1874 n'avait pas indiqué les personnes auxquelles les droits de la puissance paternelle, enlevés aux pères et mères, devaient être dévolus en cas de déchéance. Cette lacune est aujourd'hui comblée.

4° Les père et mère condamnés une première fois pour excitation de mineurs à la débauche.

Il s'agit d'une première faute ; la loi a donc bien

fait d'être moins impérative que dans l'article 1^{er}, qui suppose un cas de récidive.

5° Les père et mère dont les enfants ont été conduits dans une maison de correction, par application de l'article 66 du Code civil.

L'utilité de cette disposition est facile à saisir. Les enfants ont pu n'être renvoyés que jusqu'à dix-huit ans, ou même moins, dans une maison de correction. En tout cas, ils sont libérables à vingt ans.

Fallait-il les laisser retomber sous l'autorité de parents indignes ? La loi a voulu éviter cet écueil et les protéger jusqu'à leur majorité.

6° En dehors de toutes condamnations, les père et mère qui, par leur ivrognerie habituelle, leur inconduite notoire et scandaleuse, ou par de mauvais traitements, compromettent la santé, la sécurité, ou la moralité de leurs enfants.

Nous abordons ici le point le plus important, l'innovation la plus considérable de la loi de 1889.

Les tribunaux ont, dans les cas prévus, un pouvoir absolu d'appréciation. La loi a voulu réparer une omission, en permettant aux tribunaux de prononcer la déchéance en dehors des condamnations.

Cela nous confirme dans l'opinion que nous avons déjà émise que, jusqu'en 1889, ils étaient sans droit pour enlever la puissance paternelle à

des parents indignes, sauf dans les cas exceptionnels que nous avons signalés.

Les parents qui se livrent habituellement à l'ivrognerie peuvent encourir cette déchéance, alors même qu'aucune condamnation n'aurait été prononcée. Des individus aussi dégradés que des ivrognes d'habitude ne peuvent veiller utilement sur leurs enfants et leur font même bien souvent courir les plus grands dangers. La loi exige que l'ivrognerie soit habituelle, et en abandonne la constatation à la discrétion des tribunaux.

Une seconde cause de déchéance, en dehors de toute condamnation, est l'inconduite notoire et *scandaleuse*. Cette seconde condition a été introduite, afin que les magistrats ne prononcent pas trop facilement la déchéance. On se demandera peut-être comment le juge distinguera une inconduite notoire d'une inconduite scandaleuse. C'est évidemment une distinction très subtile, qu'il sera difficile de bien faire.

La liberté d'appréciation laissée aux tribunaux donnera lieu à de grandes divergences dans la pratique ; cette diversité dans la jurisprudence sera regrettable et dangereuse dans une question aussi importante. Malgré tout, c'est pourtant un réel progrès, et on ne saurait qu'approuver le législateur de son innovation.

Reste une dernière cause de déchéance : les mauvais traitements. Que doit-on entendre par ces mots ? D'abord les coups et blessures dont les enfants sont victimes. C'est le sens usuel de ces mots, mais ne doit-on les entendre que dans un sens aussi restreint ?

Cette opinion a été soutenue ; mais nous croyons que la pensée du législateur doit être interprétée plus largement, et qu'elle comprend toutes les fautes graves commises par les parents, qui peuvent avoir pour conséquence de compromettre la sécurité, la santé ou la moralité des enfants.

Un arrêt de la cour de Riom le décide formellement.

« Attendu, dit l'arrêt, qu'il n'est pas nécessaire, pour prononcer la déchéance paternelle, qu'il soit établi que les enfants sont victimes de coups et blessures de la part de leur père ; qu'il suffit que, par son inconduite, sa paresse, il les laisse manquer des choses nécessaires à la vie ;

« Attendu qu'il est avéré par l'enquête que X... relègue ses enfants dans une caverne, qu'il les y abandonne quelquefois plusieurs jours de suite dans une nudité presque complète, et sans assurer leur alimentation (1). »

(1) Riom, 9 mai 1893 ; Sirey, 1894.

Nous lisons à la suite de l'arrêt ce commentaire qui confirme cette doctrine :

« L'expression de mauvais traitements ne s'applique pas seulement aux violences matérielles exercées sur les enfants, mais peut s'entendre aussi de l'abandon physique ou moral dans lequel le père laisse ses enfants, et qui est de nature à compromettre aussi bien leur santé, que leur moralité. »

Dans les trois cas de déchéance en dehors de toute condamnation, les tribunaux ont, ainsi que nous l'avons déjà dit, un pouvoir absolu d'appréciation qui leur permet de rechercher si l'ivrognerie, l'inconduite des parents, ou les mauvais traitements qu'ils font subir aux enfants, peuvent compromettre leur vie et leur avenir.

Bien que le titre II ne rentre pas dans le cadre immédiat de cette étude, nous devons néanmoins signaler trois cas de déchéance qui s'y trouvent indiqués dans les articles 17, 20 et 21.

Dans l'article 17, un premier cas de déchéance se présente au sujet des mineurs de seize ans, confiés par leurs parents ou tuteurs, avec l'autorisation du conseil de famille, à des établissements de bienfaisance ou à des particuliers. Le tribunal peut, en ce cas, déléguer à l'Assistance publique les droits abandonnés par les parents, et en remettre l'exercice au gardien de l'enfant. Aux

termes de l'article 19, les établissements de bienfaisance ou les particuliers, qui ont recueilli des mineurs de seize ans abandonnés par leurs parents, doivent en faire la déclaration à l'autorité, qui est tenue de la notifier aux parents. Si ces derniers ne réclament pas l'enfant dans le délai de trois mois, à dater de la déclaration, le tribunal a le droit de transporter à ceux qui ont recueilli l'enfant l'exercice de tout ou partie des droits de la puissance paternelle et établit ainsi la déchéance des parents.

Dans le cas où il ne confère à ceux qui l'ont recueilli qu'une partie des droits de cette puissance, il déclare par le même jugement que les autres, ainsi que la puissance paternelle, sont dévolus à l'Assistance publique.

Il peut enfin arriver que, dans les cas visés par les articles 17 et 19, les parents de l'enfant en réclament la restitution. Si le tribunal la leur refuse, il peut, sur les réquisitions du ministère public, prononcer la déchéance de la puissance paternelle, ou maintenir à l'établissement ou au particulier les droits qui lui ont été conférés en vertu des articles 17 et 20 de la loi.

La demande rejetée ne peut être renouvelée que trois ans après le jour où le rejet est devenu irrévocable.

Une question importante se soulève sur l'ensemble des cas prévus par la loi de 1839.

La liste est-elle énonciative ou limitative ? Les tribunaux ont-ils le droit de prononcer la déchéance en dehors des cas spécifiés par la loi ? Cette opinion a des partisans. Ils prétendent que la loi, voulant aujourd'hui protéger les enfants plus efficacement qu'auparavant, n'a pas pu vouloir limiter le nombre des cas où les magistrats interviendraient en leur faveur.

Tout dernièrement, la conférence des avocats à la cour d'appel de Paris a discuté cette question. Elle a décidé, contrairement du reste aux conclusions de l'avocat chargé des fonctions de ministère public, que la loi du 24 juillet 1839 ne retirait pas aux tribunaux le droit de prononcer la déchéance partielle de la puissance paternelle (1).

Nous ne partageons pas ce sentiment. Rappelons d'abord ce que nous avons déjà dit, que les tribunaux ne pouvaient pas intervenir jadis en dehors des cas exceptionnels prévus par les textes. S'ils le faisaient, c'était évidemment dans un but fort louable, mais ce n'était pas légal.

Aujourd'hui, la loi leur permet de prononcer les déchéances dans un grand nombre de circons-

(1) *Gazette des Tribunaux*, 10 décembre 1894

tances. Mais cela n'implique pas le droit d'intervenir toujours.

Du reste, le § 6 de l'article 2, que nous venons d'examiner, ne laisse point place à une discussion sérieuse.

En permettant aux magistrats de déclarer déchus de la puissance paternelle, les ivrognes d'habitude, les gens d'une inconduite notoire et ceux qui maltraitent leurs enfants, et en leur laissant un droit souverain d'appréciation, la loi ne mentionne-t-elle pas tous les cas qui peuvent être prévus ?

Mais, dira-t-on, il faut que l'ivresse soit habituelle, que l'inconduite soit notoire et scandaleuse, que les mauvais traitements compromettent la santé des enfants ; or, ce ne sont là que des faits rares et exceptionnels.

Nous reconnaissons volontiers que les faits visés sont d'une gravité extraordinaire. Il nous semble, néanmoins, que la loi a prévu toutes les circonstances où il peut être utile de soustraire les enfants à l'autorité de leurs parents. Cela ne doit avoir lieu que lorsqu'il y a abus de pouvoir, et non pour des fautes secondaires.

Il ne faut pas oublier que la puissance paternelle est une institution nécessaire, à laquelle il serait dangereux de porter trop facilement atteinte.

Il est bon et même indispensable de protéger les enfants, mais il faut agir avec prudence, et ne prononcer la déchéance que dans des cas d'une réelle gravité.

C'est ce qu'a fait le législateur. D'ailleurs, en donnant un tel pouvoir d'appréciation aux juges, il nous paraît avoir suffisamment protégé les enfants. Il a su concilier ainsi le respect dû à l'autorité paternelle avec la protection dont il est utile d'entourer l'enfance.

CHAPITRE II

Quelles sont les personnes qui ont le droit
de provoquer cette déchéance ?

Les parents des enfants jusqu'au degré de
cousins germains et le ministère public.

Les parents de l'enfant sont souvent à même de
bien connaître ce qui se passe dans l'intérieur de la
famille et sont plus aptes que toutes autres per-
sonnes à renseigner la justice. Ils ne le feront,
d'ailleurs, qu'avec prudence, ayant intérêt à ne
pas provoquer, sans motifs, des scandales qui re-
jailliraient sur eux.

Si ce sont eux qui intentent la demande, ils pro-
céderont par voie d'assignation.

En dehors des parents, ce sera le ministère
public qui introduira la demande, décision con-
forme à l'esprit qui a présidé à l'institution du

parquet, chargé par la loi de protéger la société et de veiller sur ceux qui ne peuvent pas se défendre eux-mêmes. Il était donc naturellement appelé à sauvegarder les intérêts de l'enfant.

Le droit accordé au ministère public est d'accord avec les dispositions de l'article 83 du Code de procédure civile, qui déclare communicables au parquet les causes qui concernent les mineurs et autres incapables.

CHAPITRE III

Procédure de la déchéance

Quel est le tribunal compétent ? Celui du domicile du père et de la mère.

Lorsque la déchéance est prononcée à la suite d'une condamnation soit en cour d'assises, soit en police correctionnelle, les tribunaux répressifs sont compétents.

Le procureur de la République fait procéder à une enquête sommaire sur la situation de la famille et sur la moralité des parents.

Nous nous permettrons ici une critique du texte. Une enquête judiciaire est ordinaire quand elle se fait en dehors de l'audience, conformément aux prescriptions complexes du Code de procédure, et sommaire lorsqu'elle se fait à l'audience, en observant des formalités moins nombreuses que dans l'enquête ordinaire. Ici, rien de cette

distinction, le mot sommaire doit s'entendre simplement de la recherche sommaire, dans le sens usuel du mot, de renseignements recueillis par les autorités locales et transmises au parquet. C'est ce qu'on appelle une enquête administrative.

Le terme dont se sert la loi pourrait occasionner une confusion qu'il importe d'éviter.

Une critique plus sérieuse est relative à une lacune du texte sur la convocation des parents. Ceux-ci doivent être mis en demeure de présenter leurs observations au tribunal. Comment seront-ils convoqués?

Sera-ce par lettre, pour éviter des frais; sera-ce par un ajournement? Le texte est muet à cet égard, et permet par suite toutes les interprétations. Il y a là une lacune qu'il serait utile de combler. Il serait d'autant plus important de le faire que, lorsque les parents ne se présentent pas, le tribunal ne peut prononcer défaut contre eux que s'ils ont été cités régulièrement.

Le ministère public présente ensuite un mémoire au président du tribunal. Le président commet un juge pour faire le rapport au jour indiqué, en chambre du conseil. Puis il est procédé à la convocation du conseil de famille et, si le tribunal n'est pas assez éclairé et que les faits

puissent être justifiés par témoins, à une enquête en la forme légale, conformément aux dispositions des articles 892 et 893 du Code de procédure civile. Toutefois la convocation du conseil de famille reste facultative pour le tribunal.

C'est après avoir rempli toutes ces formalités que le tribunal, le ministère public entendu en ses conclusions, rend en audience publique son jugement, lequel peut être déclaré exécutoire notwithstanding opposition ou appel.

Le tribunal est autorisé à prendre, pendant l'instruction, les mesures nécessaires pour protéger l'enfant. Le jugement est exécutoire par provision.

On ne peut qu'applaudir à la décision de la loi. Il est, en effet, indispensable de protéger sans retard les enfants. L'instance peut être longue, et il importe de prendre des mesures nécessaires pour assurer leur sécurité et sauvegarder leur santé.

Terminons ce qui concerne la procédure en faisant connaître les voies de recours contre les jugements rendus. L'opposition est permise dans le délai de huit jours, à partir de la notification à personne, et dans le délai d'un an, à partir de la notification à domicile.

L'appel doit être interjeté dans les dix jours, à

compter du jugement, si le jugement est contradictoire, et à dater du jour où l'opposition n'est plus recevable, s'il a été rendu par défaut.

Signalons une inutilité dans le texte. Il y est dit : « Si, sur opposition, il intervient un second jugement par défaut, ce jugement ne peut être attaqué que par la voie de l'appel. » Cela est évident et n'avait pas besoin d'être mentionné, car « opposition sur opposition ne vaut ».

Il nous semble qu'il eût mieux valu statuer sur la question de défaut profit-joint, dans le cas où l'un des parents comparait et l'autre fait défaut.

CHAPITRE IV

Effets de la déchéance

SECTION I

Droits perdus.

La déchéance, comme nous l'avons dit, est totale. Elle comprend tous les droits dont l'ensemble constitue la puissance paternelle. Nous verrons bientôt que le tribunal peut laisser l'exercice des droits de la puissance à la mère ou l'en priver et prononcer également la déchéance contre elle en cas d'indignité. Il est donc bien entendu que, si elle n'est pas prédécédée, si l'exercice des droits de cette puissance ne lui a pas été retiré, qu'enfin si elle n'a encouru aucune déchéance, les pouvoirs enlevés au père lui sont dévolus. Nous tenions à faire cette observation, avant de faire l'énumération des droits dont les parents indignes sont privés.

En cas de déchéance prononcée par le tribunal : L'enfant mineur ne sera plus domicilié chez ses père et mère (art. 108, C. C.). — En cas d'absence du mari, la mère déchue n'aura pas la surveillance des enfants et n'exercera pas à leur égard les droits du père de famille (art. 141, C. C.). — Les fils âgés de moins de vingt-cinq ans, les filles âgées de moins de vingt et un ans ne seront pas obligés d'obtenir le consentement de leurs père et mère, pour contracter mariage. — Au-dessus de cet âge, ils n'auront pas besoin de demander leur conseil, ni de faire des actes respectueux. — S'ils n'ont pas de père et mère, ou si leurs parents sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, et si les ascendants ont encouru cette déchéance, les enfants ne seront pas tenus de demander le consentement ou le conseil de ces derniers (art. 148, 150 et 151, C. C.).

Les père et mère et, à leur défaut, les aïeuls et aïeules déchus ne pourront former opposition au mariage de leurs enfants ou descendants (art. 173, C. C.).

Le consentement des père et mère ne sera pas nécessaire en cas d'adoption de leur enfant (art. 346, C. C.).

Il en sera de même en cas de tutelle officieuse (art. 361, C. C.).

Tous les droits énumérés au titre de la puissance paternelle, de l'article 372 à l'article 385, cesseront d'appartenir aux père et mère.

Le père ne sera plus, pendant le mariage, administrateur légal des biens de ses enfants mineurs (art. 389, C. C.).

Les père et mère seront privés de la tutelle légale (art. 390, C. C.) et du droit de choisir un tuteur testamentaire (art. 397, C. C.).

Le père ne pourra pas donner à la mère survivante et tutrice, un conseil spécial (art. 391, C. C.).

Le père ou, à son défaut, la mère ne pourra émanciper le mineur de quinze ans (art. 477, C. C.).

Les père ou mère ou ascendants déchus ne pourront accepter une donation pour le mineur, émancipé ou non (art. 935, C. C.).

Les père et mère n'auront pas à consentir à l'engagement de leur fils (loi de 1889, art. 54, n° 6). Nous pouvons en dire autant relativement à l'entrée de leur fils dans le sacerdoce, ou de leurs enfants dans les ordres religieux.

Enfin, conformément à l'article 8 de la présente loi, tout individu déchu de la puissance paternelle est incapable d'être tuteur, subrogé-tuteur, curateur ou membre du conseil de famille.

On voit, par cette longue énumération, de combien de droits sont privés les parents indignes.

SECTION II

Exercice des droits perdus

Avant d'entrer dans l'examen de cette question et d'étudier l'article 9 qui nous arrêtera assez longtemps, il y a une observation préalable à faire.

Comment la mère peut-elle être privée d'exercer les droits de la puissance paternelle, alors qu'elle n'est pas elle-même déchue de cette puissance ? Il y a, au premier abord, quelque chose de singulier et d'exorbitant dans une pareille disposition. Le législateur semble punir la mère d'une faute qu'elle n'a pas commise, et dont le père seul s'est rendu coupable. Ce qui a décidé le législateur à prendre cette détermination, c'est la crainte qu'il a eue que le père n'exercât sur la mère une influence funeste aux enfants. Une mère peut être bonne pour ses enfants et exempte de reproches, mais trop faible pour les diriger ou les défendre. La loi redoute tellement sa faiblesse, qu'aux termes de l'article 391, elle permet au père de choisir un conseil qui puisse guider la mère survivante, lorsqu'elle devient tutrice de ses enfants. Dans notre cas, rien d'analogue ne pouvant avoir lieu, il a paru utile de permettre aux tribunaux d'intervenir et de ne pas confier les enfants

à la mère, si cela devait être désavantageux pour eux.

Abordons maintenant l'étude de l'article 9, qui mérite une sérieuse attention.

Il pose en principe que les tribunaux répressifs peuvent statuer sur la déchéance de la puissance paternelle dans les conditions établies par la présente loi. Cette disposition a l'avantage de permettre à la même juridiction de statuer sur la condamnation, la déchéance et ses conséquences. C'est à la fois une économie de temps et de frais.

Le même article dit également qu'en cas de déchéance de plein droit, la juridiction compétente décidera si les droits de la puissance paternelle seront exercées par la mère, ou s'ils lui seront retirés. L'affaire sera instruite conformément à l'article 4. Nous connaissons cette procédure.

Les tribunaux répressifs, étant autorisés à statuer eux-mêmes en cas de déchéance de plein droit, pourront instruire eux-mêmes l'affaire non sur la déchéance, puisqu'elle existe de plein droit, mais sur ses conséquences.

Comment procéderont-ils à cette instruction ? La loi ne fournit aucune indication. Aussi une circulaire du garde des sceaux est-elle venue remédier à cet inconvénient, en prescrivant aux

procureurs généraux de réclamer le concours des magistrats instructeurs.

Aux termes de cette circulaire, les juges d'instruction doivent, « toutes les fois que la question de déchéance de la puissance paternelle pourra éventuellement se poser, recueillir par avance des renseignements sur la situation de famille de l'inculpé, sur le nombre, l'âge, le sexe de ses enfants, et les conditions dans lesquelles ils sont élevés ; ces indications étant indispensables quand la déchéance doit résulter de plein droit de la condamnation, puisque le ministère public est obligé d'aviser de suite à la constitution d'une tutelle (1). »

Cette circulaire supplée à l'insuffisance de la loi et permet aux tribunaux d'agir. Mais pourront-ils toujours le faire ?

Il nous semble que, dans bien des cas, il sera difficile de réunir en temps utile tous les renseignements nécessaires, pour statuer en connaissance de cause, sur une question aussi grave et aussi délicate.

Remarquons aussi que, lorsque ce sera la cour d'assises qui devra statuer, et qu'elle n'aura pas tous les éléments de décision, il lui sera impossible de remettre le prononcé de son arrêt à une

(1) Circulaire du garde des sceaux, 21 septembre 1889.

époque ultérieure, puisque c'est une juridiction temporaire.

Ne sera-t-il pas, d'un autre côté, téméraire de faire des frais qui deviendront inutiles si une condamnation n'intervient pas.

Comment enfin le ministère public pourra-t-il remplir toutes les conditions imposées par la loi, afin de se conformer à l'article 4, ainsi que l'exige le § 1^{er} de l'article 9. On comprend qu'il fasse une enquête en la forme administrative; mais comment le tribunal entendra-t-il les parents ou autres personnes, s'il le juge utile, et pourra-t-il procéder à toutes les formalités exigées par la loi ?

Cela nous paraît impossible.

En cas de déchéance facultative, les tribunaux de répression statuent, dit la loi, par le même jugement, sur la déchéance et sur les droits de la mère. Ici encore la loi n'indique pas la marche à suivre. Cette omission a frappé également le garde des sceaux qui dit, dans la même circulaire, que les indications qu'il vient de donner « ne sont pas moins nécessaires pour permettre au ministère public d'apprécier les convenances de la déchéance facultative et de prendre à cet égard une décision en pleine connaissance de cause (1). »

(1) Circulaire du garde des sceaux, 24 septembre 1889.

Nous nous trouvons de nouveau en présence des mêmes difficultés. Comment, dans bien des cas, les cours d'assises pourront-elles agir ? Quant aux tribunaux de police correctionnelle, ils rendront leur décision de suite, si l'affaire est suffisamment instruite, ou remettront leur jugement à une autre audience, pour un supplément d'information, si cela est nécessaire. Grâce aux mesures provisoires qu'ils prendront, les intérêts des enfants seront sauvegardés pendant l'instruction de l'affaire.

La rédaction de cet article peut être justement critiquée et présente de réelles difficultés d'application.

Si le père déchu de la puissance paternelle se remarie et a des enfants de ce second mariage, la nouvelle femme peut, en ce cas, demander au tribunal de lui attribuer la puissance paternelle sur ses enfants.

Il convient d'ajouter que, si les tribunaux répressifs n'ont pas statué sur la déchéance quand ils sont appelés à le faire, ou sur les droits de la mère, ce sera le tribunal civil qui sera alors seul compétent.

CHAPITRE V

Organisation de la tutelle, en cas de déchéance

SECTION I

Tutelle de droit commun

L'article 10 traite de la constitution de la tutelle.

Si la mère est prédécédée ou déchue de la puissance paternelle, ou enfin si l'exercice de cette puissance ne lui est pas attribué, le tribunal décide si la tutelle sera constituée dans les termes de droit commun. Le tribunal est maître d'écarter la tutelle des ascendants, en refusant de déclarer qu'il y aura tutelle de droit commun, et en l'attribuant à une personne qui lui agréé ou à l'Assistance publique.

Quand le tribunal a décidé que la tutelle s'exercerait dans les termes de droit commun, quelle sera la nature de cette tutelle ?

La mère n'étant pas appelée à la tutelle, le père étant déchu, nous nous trouvons en présence de la tutelle légitime des ascendants, puisqu'il ne peut, à aucun point de vue, être question de la tutelle testamentaire. Mais l'article 405 du Code civil s'oppose, suivant nous, à l'ouverture de la tutelle légitime des ascendants, puisqu'il dit qu'un tuteur datif sera donné par le conseil de famille, dans le cas où les père et mère vivants sont exclus ou récusés de la tutelle. Il en serait de même si la mère, usant de son droit, avait refusé la tutelle.

Deux différences distinguent cette tutelle d'une tutelle ordinaire. D'abord elle n'est pas obligatoire. D'après ce que nous venons de dire, il est bien certain que l'ascendant peut la refuser, comme toute autre personne désignée par le tribunal. Du moment qu'il n'y a pas lieu à ouverture de la tutelle légitime de l'ascendant, celui-ci ne peut être nommé que par le conseil de famille, et est en droit alors, en vertu de l'article 10 de la présente loi, de refuser cette tutelle, comme le ferait toute autre personne nommée par le conseil de famille.

En second lieu, les tuteurs ne sont pas grevés de l'hypothèque légale en faveur du mineur. On a craint que cette charge n'empêchât bien des personnes d'accepter. Cette dispense s'applique à

tous les tuteurs, conformément à ce que nous venons de dire.

Il y aurait cependant un danger à accorder cette dispense de l'hypothèque d'une manière trop absolue. Aussi la loi autorise-t-elle les tribunaux à ordonner qu'une hypothèque générale ou spéciale soit prise sur les biens du tuteur, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée, si le mineur possède des biens ou est appelé à en recueillir.

Une semblable disposition existe dans la loi du 30 juin 1838, sur les aliénés.

D'après l'article 34, le jugement qui nomme un administrateur provisoire peut, en même temps, constituer sur ses biens une hypothèque générale ou spéciale (1).

Si la tutelle n'est pas exercée conformément à l'article 10, et que le tribunal n'ait pas cru devoir la confier à une autre personne, elle est exercée par l'Assistance publique.

Afin de faciliter l'acceptation de cette tutelle, le tribunal fixe la somme qui devra être payée par les père et mère ou ascendants, auxquels des aliments peuvent être réclamés. Dans le cas d'indigence des parents, le tribunal les dispense de payer cette pension.

(1) Loi du 30 juin 1838, article 34.

SECTION II

Tutelle officieuse

Il se peut qu'au cours de l'instance, une personne charitable demande au tribunal de lui confier l'enfant.

Si le tribunal est d'avis d'obtempérer à cette demande, la personne qui s'est offerte doit accepter de se soumettre aux obligations imposées par le § 2 de l'article 364 du Code civil, c'est-à-dire de nourrir l'enfant, de l'élever et de le mettre en état de gagner sa vie.

Quand l'Assistance publique a confié la garde de l'enfant à des particuliers, ceux-ci peuvent, au bout de trois ans, demander au tribunal qu'il leur soit confié dans les conditions prévues dans les dispositions précédentes. Le tribunal est toujours maître de la leur accorder ou de rejeter leur demande.

Nous sommes ici en présence d'une tutelle officieuse, mais bien différente de celle qui est établie par le Code civil. Toutes les règles qui régissent cette matière, notamment l'âge du tuteur, celui du mineur, la non-existence d'enfants ou de descendants légitimes, ou les dispositions de l'article 369 du Code civil ne concernent pas notre tutelle officieuse.

Les articles 365 et 370 du Code civil lui sont applicables.

Nous ne pouvons mieux faire comprendre la nature du contrat qui intervient ici entre le tuteur et le pupille, qu'en citant ce passage du rapport de M. Courcelle-Seneuil :

« Nous appelons cette tutelle nouvelle, parce qu'elle diffère beaucoup de l'ancienne établie en vue de l'adoption seulement. Celle que l'article 13 du projet établit ne suppose ni vue d'adoption, ni établissement de liens de famille quelconques, elle a simplement la forme d'un acte de bienfaisance louable entre tous les autres, mais qui ne confère au pupille aucun droit actuel ni éventuel sur les biens du tuteur. Une fois l'enfant élevé, en état de gagner sa vie, toutes les obligations de droit sont remplies, et il ne reste qu'un lien purement moral entre le tuteur et le pupille (1). »

Nous avons cité à dessein tout ce passage, parce qu'il fait bien connaître dans quel esprit la tutelle officieuse de la loi de 1889 a été constituée.

Ce tuteur administrera les biens du pupille et aura la garde de sa personne. Il exercera le droit de correction, conformément à l'article 468 du Code civil.

(1) *Journal officiel*, 1888. Doc. parlementaires, Exposé des motifs.

Quant à l'émancipation et au consentement au mariage, ce seront ceux qui sont appelés à exercer ces droits lorsque les père et mère sont décédés qui pourront donner les consentements légaux.

Nous nous plaçons dans l'hypothèse où la tutelle officieuse est instituée à la suite d'une déchéance. Il n'en serait pas de même si la tutelle survenait à la suite d'une cession volontaire faite par les parents, soit à l'Assistance publique, soit à des particuliers.

Il faudrait alors rechercher si les parents se sont réservés certains droits, auquel cas, ce seraient eux qui les exerceraient.

Ajoutons que, si les parents, ayant conservé le droit de consentement au mariage, refusent d'y consentir, l'Assistance publique peut les citer devant le tribunal qui, après avoir appelé les parents, donne ou refuse le consentement (art. 17, § 2).

Cela nous amène à nous occuper de l'article 14, qui, en cas de déchéance, confère les droits du père et, à défaut du père, les droits de la mère, quant au consentement au mariage, à l'adoption, à la tutelle officieuse et à l'émancipation, à ceux qui doivent les exercer après le décès des père et mère, sauf les cas où la loi de 1889, en décide autrement.

En ce qui concerne le consentement au mariage, nous savons que ce seront les ascendants ; en ce qui concerne l'émancipation, le conseil de famille. Il en sera de même en cas de tutelle officielle.

Mais, en matière d'adoption, il en est autrement ; à défaut des père et mère, il n'y a aucun consentement à demander. C'est donc par erreur que la loi de 1889 en fait mention. D'un autre côté, la loi a omis de parler des enfants naturels. Il y a là une lacune et une erreur qu'il nous a paru utile de signaler.

L'article 14 ajoute qu'il peut en être décidé autrement par la présente loi. On trouvera, titre II, l'application de cette disposition de la loi.

CHAPITRE VI

Restitution de la puissance paternelle

La loi a dû se montrer sévère pour les parents coupables. Mais lorsque,¹ plus tard, les parents ont expié leur faute et ont eu une conduite irréprochable, il eût été bien dur de ne pas leur rendre le pouvoir qu'on leur avait enlevé.

L'article 15 permet donc aux parents qui, à la suite d'une condamnation, ont été déchus de la puissance paternelle, de se la faire restituer par le tribunal. Mais ils doivent, d'abord, avoir été réhabilités. Nous ne voulons pas retracer ici la procédure de la réhabilitation.

Rappelons seulement que cette demande est adressée au procureur de la République, qui provoque des attestations des maires des communes où le condamné a résidé. Il demande également l'avis du juge de paix des cantons, et du sous-

préfet des arrondissements où le condamné a résidé. Il se fait aussi donner des renseignements sur la conduite du condamné. Puis il transmet les pièces, avec son avis, au procureur général. C'est la cour qui statue d'une manière définitive, depuis la loi du 14 août 1885.

Si les parents ont été condamnés à une peine criminelle, ils ne peuvent former leur demande que cinq ans après le jour de leur libération, et que trois ans après cette libération, s'ils ont été condamnés à une peine correctionnelle.

Quand il s'agit de parents déchus de la puissance paternelle par application des §§ 5 et 6 de l'article 2 de notre loi, c'est-à-dire en dehors de toute condamnation, ils ne peuvent introduire leur demande que trois ans après le jour où le jugement qui a prononcé la déchéance est devenu irrévocable.

La demande est introduite par simple requête, conformément aux dispositions des §§ 2 et suivants de l'article 4. Nous avons parlé de ces formalités lorsque nous avons traité la question de la déchéance. Nous n'y reviendrons pas. Signalons, cependant, une différence. L'avis du conseil de famille est ici obligatoire. Il n'en est pas de même quand il s'agit de prononcer la déchéance.

Pourquoi cette différence? On a probablement

voulu prendre toutes les garanties possibles avant de faire rentrer les enfants sous la puissance de leurs parents.

La demande en restitution est notifiée au tuteur, qui a droit de présenter au tribunal toutes les observations qui lui paraissent utiles dans l'intérêt de l'enfant.

Les dispositions des articles 5, 6 et 7 de la loi de 1889, relatives aux mesures provisoires, ainsi qu'à leur exécution par provision, à l'opposition et à l'appel, sont applicables à la demande en restitution.

Le tribunal peut allouer une indemnité au tuteur, lorsqu'il restitue la puissance paternelle, ou déclarer qu'en raison de l'indigence des parents, il ne lui sera alloué aucune indemnité.

La demande des parents déchus peut-elle être introduite de nouveau lorsqu'elle a été rejetée ?

C'est un point qui a provoqué une discussion lors de la confection de la loi ; mais il a été décidé finalement que, en cas de rejet, la demande ne serait pas introduite à nouveau, sinon par la mère, après la dissolution du mariage.

Nous approuvons entièrement la décision du législateur. On ne pouvait, en effet, laisser le sort de l'enfant subordonné à des demandes répétées de la part des parents. Sa situation, à son grand

détriment, eût été incertaine, et d'ailleurs les parents n'auraient souvent été guidés que par des vues intéressées.

C'est ce que disait le ministre, dans l'exposé des motifs :

« Ce n'est pas une raison juridique qui nous a déterminé à accepter l'avis du Conseil d'Etat, mais uniquement la considération de l'intérêt de l'enfant. Il faut penser, en effet, au trouble moral que de semblables procès, leurs préliminaires et leurs suites peuvent causer au pupille, à l'incertitude où l'on jette l'enfant relativement à son avenir, aux désirs et aux craintes que l'on éveille. Comme le fait observer M. Courcelle-Seneuil, ces demandes seront souvent suspectes, parce qu'elles se produiront presque toujours pendant la période où l'enfant commence à rapporter plus qu'il ne coûte(1). »

Tel est l'ensemble des dispositions du titre I^{er} de la loi du 24 juillet 1889; tel est l'esprit dans lequel cette loi a été conçue.

(1) *Journal officiel*, 1888. Exposé des motifs.

CHAPITRE VII

Législations étrangères

Exposons en quelques lignes la situation des enfants maltraités, d'après les lois étrangères.

En Hollande, le nouveau Code, voté le 3 mars 1883, a spécifié les crimes et délits qui peuvent entraîner la privation de la puissance paternelle (1).

En Angleterre, on s'est beaucoup occupé des enfants abandonnés et on a créé des écoles industrielles certifiées, où les magistrats peuvent envoyer ceux qui sont trouvés en état de mendicité, délaissés, ou en compagnie de voleurs.

En Amérique, ce sont des écoles industrielles qui sont appelées à recueillir les enfants aban-

(1) *Journal officiel*, 1883. Doc. parlementaires.

donnés. Nous en trouvons la définition dans les documents insérés dans le *Journal officiel* :

« C'est une maison d'éducation et d'apprentissage industriel, avec droit de garde sur la personne de l'enfant. L'école industrielle a le pouvoir de détenir les enfants nonobstant leurs parents, et sans avoir à s'inquiéter de la puissance paternelle.

« C'est sur ce principe que se fondent, en Amérique, les établissements d'éducation préventive, équivalent des écoles industrielles certifiées d'Angleterre (1) ».

En Prusse, on a inscrit le même principe dans la loi du 13 mars 1878, sous le nom d'éducation forcée. Les cas de suspension et de privation de la puissance paternelle ont été déterminés. Un tribunal, dit de tutelle, a été institué à cet effet.

« Il est formellement permis à ce tribunal de se charger d'office des enfants dans le cas où les parents les maltraitent cruellement, les poussent au mal ou leur refusent le nécessaire (2).

« En Alsace-Lorraine, les mineurs n'ayant pas seize ans accomplis peuvent être placés par l'administration, soit dans une famille, soit dans une

(1) *Journal officiel*, 1883. Doc. parlementaires. Sénat.

(2) *Journal officiel*, 1883. Idem.

maison d'éducation, soit dans un établissement de correction : lorsque, du fait du père ou de la mère exerçant la puissance paternelle, leur santé, leur intelligence ou leur moralité sont compromises par un grossier abus du droit d'éducation, par un abandon prolongé, ou lorsqu'un semblable et pressant péril est à craindre pour l'avenir, à raison de la conduite déshonorante et immorale de celui qui exerce la puissance paternelle (1). »

Remarquons que, pour motiver l'application de la loi, la conduite des parents doit être vraiment déshonorante et d'une réelle gravité.

Dans le canton de Genève, une loi du 30 mars 1892 permet à l'État de prendre sous sa protection les enfants genevois moralement ou matériellement abandonnés, ainsi que les enfants suisses non genevois, dont les parents sont domiciliés dans le canton de Genève.

Cette protection de l'État peut s'étendre jusqu'à l'âge de dix-huit ans.

L'État peut même prendre sous sa protection des enfants étrangers à la Suisse, moralement ou matériellement abandonnés. Il faut seulement que ces enfants appartiennent à des États liés à la

(1) Société de Législation comparée, Annuaire de Législation étrangère, 20^e année.

Suisse par des traités, et dont les parents soient domiciliés dans le canton. Les parents doivent s'engager en ce cas à payer une pension, et il faut que l'admission de ces enfants ne cause aucun préjudice aux enfants compris dans les deux premières catégories (1).

En Colombie, une loi du 26 juillet 1892 établit un *board* chargé de veiller sur les enfants abandonnés, assistés, errants, appartenant à des parents ivrognes invétérés ou dénués de ressources. Ce board sera gardien légal de ces enfants et sera chargé de les placer dans des familles, dans des institutions ou comme apprentis (2).

Ce système de protection de l'enfance a été également adopté, sous des formes diverses, par d'autres pays, notamment par la Russie, le Portugal et l'Italie.

On voit donc que, de tous côtés, le législateur s'est justement préoccupé de protéger les enfants et de les soustraire à l'influence pernicieuse de parents indignes.

(1) Société de Législation comparée, Annuaire de Législation étrangère, 22^e année.

(2) Idem.

CHAPITRE VIII

Application de la loi du 24 juillet 1889

Nous sommes en présence d'une loi nouvelle. Il nous serait donc difficile de faire connaître le nombre des décisions rendues en cette matière dans toute la France. Les documents nous manqueraient pour faire cette statistique.

Mais nous avons pu obtenir de précieux renseignements dans deux tribunaux. Grâce à eux, nous pourrions nous faire une idée de l'application qui a été faite de notre loi.

On peut, en effet, facilement comprendre que les arrondissements dont la population est plus importante ou plus mauvaise aient donné lieu à un plus grand nombre de poursuites, tandis qu'elles ont dû être plus rares dans ceux dont la population est meilleure ou moins nombreuse. Ce ne sera évidemment qu'une étude purement approximative.

Depuis 1889 jusqu'à ce jour, le tribunal de Soissons a rendu douze jugements en cette matière ; un en 1890, trois en 1891, un en 1892, deux en 1893 et cinq en 1894. — Deux seulement ont été rendus à la suite de condamnations.

Dans toutes ces affaires, le tribunal a estimé qu'en raison de l'indigence des parents, il n'y avait pas lieu de les condamner à payer une pension. Cela doit se présenter presque toujours ainsi, la plupart de ces affaires s'appliquant à des enfants dont les parents n'ont aucune ressource. Les causes de déchéances relevées par ces jugements sont l'inconduite des parents, leur ivrognerie, ou les mauvais traitements infligés aux enfants.

Dans la plupart de ces affaires, la mère était ou décédée, ou d'une inconduite qui ne permettait pas de lui confier la garde de ses enfants.

Dans aucune, nous ne voyons de parents ayant accepté la tutelle. Les enfants ont donc été confiés à l'Assistance publique.

Un jugement du 21 novembre 1893 a cependant rendu une décision différente. Le tribunal, après avoir déclaré le père déchu de la puissance paternelle, a conféré la tutelle et confié la garde de l'enfant à la mère. Elle n'était cependant pas irréprochable elle-même. Malgré les renseignements fournis sur son compte, le tribunal a pensé

qu'elle n'était pas cependant indigne de conserver la garde de sa fille (1).

Par jugement du 12 décembre 1894, le tribunal, revenant sur sa première décision, a enlevé la puissance paternelle à la mère et a confié l'enfant à l'Assistance publique.

Dans une autre affaire, l'Assistance publique avait recueilli deux enfants, qui avaient perdu leur mère. Le père ayant été régulièrement averti, ne réclama pas ses enfants pendant le délai imparti par la loi.

Il fut, d'ailleurs, établi par l'enquête que le père avait intentionnellement abandonné ses enfants; aucun parent ne s'offrit pour en prendre la tutelle. Ils furent donc de nouveau confiés à l'Assistance publique (2).

Le tribunal de Montdidier a rendu neuf jugements de déchéance depuis la loi du 24 juillet 1889. Trois déchéances ont été prononcées à la suite de condamnations : deux en 1891, pour vagabondage; une en 1894, pour mauvais traitements.

Les autres jugements ont été rendus en dehors de toutes condamnations, par le tribunal civil. Deux déchéances ont été encourues à raison

(1) Tribunal de Soissons, 21 novembre 1893.

(2) Tribunal de Soissons, 7 février 1894.

d'abandon d'enfant, quatre autres (1) par suite d'ivrognerie, d'actes odieux commis sur un enfant par son père, d'inconduite, d'abandon d'enfants ou de mauvais traitements.

Nous voyons, par ce simple exposé, que, quoique beaucoup de faits échappent à la vigilance des parquets, la loi a néanmoins été souvent appliquée depuis sa promulgation. Elle était donc d'une incontestable utilité.

Il nous reste à faire une observation :

La loi de 1889 a pour but de protéger l'enfance, non de punir les parents coupables. Cette pensée du législateur est à l'abri de toute critique. Cependant, l'impunité dont jouissent les parents coupables dans les cas prévus par le § 6 de l'article 2 présente des dangers. Il en est de même dans le cas d'abandon d'enfant visé au titre II de notre loi. Les débauchés et les ivrognes satisferont leurs honteuses passions, étant sûrs de ne pas être punis.

Tandis que les parents honnêtes supporteront toutes les charges qui incombent aux pères de famille, ceux qui se livrent à l'inconduite s'en débarrasseront trop facilement. N'est-ce pas une prime donnée à la paresse et à la débauche ? Il est

(1) Tribunal de Montdidier, 1893.

vrai qu'on leur enlèvera la garde de leurs enfants. Mais sera-ce une punition pour des natures aussi dépravées ? Il y a là un danger qu'il faudrait tâcher de conjurer. Le moyen le plus sûr ne serait-il pas de punir les coupables ? Si la crainte du châtement n'est pas de nature à arrêter tous ceux qui n'hésitent pas à faire le mal, du moins cela peut-il en diminuer le nombre. Ce serait heureux pour les enfants qui ont à en souffrir, et pour l'État qui est appelé à en supporter toutes les charges. Quant aux peines qui pourraient être prononcées, il ne nous appartient pas de les indiquer. Il nous semble cependant que les articles 330, 311 du Code pénal, et les dispositions de la loi de 1873 sur l'ivresse pourraient être appliquées, selon qu'il s'agirait de punir les parents pour inconduite notoire et scandaleuse, mauvais traitements ou ivrognerie habituelle.

L'article 349 du Code pénal pourrait aussi servir d'indication, en cas d'abandon d'enfant.

Il nous a paru d'autant plus opportun de faire cette observation, que cet inconvénient nous a été signalé par un honorable magistrat, qui a pu se convaincre par lui-même de tout ce qu'une semblable impunité pouvait avoir de dangereux.

CONCLUSION

Cette étude sur la puissance paternelle nous a permis de constater l'évolution qui s'est effectuée sur cette importante matière à travers les siècles, ainsi que les progrès qui ont été réalisés.

Si nous nous reportons à Rome, nous voyons l'enfant soumis à l'autorité la plus absolue, allant jusqu'au droit de vie et de mort sur sa personne.

Plus tard, de profondes modifications se produisirent à Rome même d'abord, puis dans les pays de droit écrit, et surtout dans les pays de droit coutumier. Le droit intermédiaire et ensuite le Code civil atténuèrent encore les rigueurs de cette puissance.

Après le Code, un grand nombre de lois vinrent limiter le pouvoir du père de famille ; enfin les dispositions des articles 334 et 335 du Code pénal, la loi du 7 décembre 1874, et surtout celle du 24 juillet 1889 battirent en brèche cette puissance pa-

ternelle et arrivèrent même à l'anéantir dans des circonstances déterminées.

Est-ce un progrès ? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement, et cela sans nous contredire. S'il y avait, en effet, une réelle grandeur dans l'idée que les Romains se faisaient de l'autorité du père de famille, et si elle a produit d'heureux résultats, cela tenait à leur constitution politique, qui fut avant tout militaire. Pour eux, la conquête était tout, et la constitution de la famille romaine y préparait admirablement.

Mais il y avait des dangers et des abus que nous avons signalés. Aussi, Rome elle-même adoucit-elle ses mœurs, et les législateurs qui s'imprégnèrent de son esprit, marchèrent-ils encore plus en avant dans cette voie généreuse et philanthropique.

Aujourd'hui la transformation de ce principe est complète. Le législateur a étendu aussi largement que possible sa protection sur l'enfance qui, par elle-même, est incapable de se défendre.

Il ne faut pas s'y tromper. C'est bien là l'esprit de la loi de 1889.

Voici, en effet, ce que nous lisons dans les travaux préparatoires :

« Ce projet de loi doit devenir une loi protec-

trice de l'enfance, et non une loi pénale contre les parents indignes. »

On a voulu sauvegarder la vie, la santé et la moralité de l'enfant, et non affaiblir le principe éminemment tutélaire de la puissance paternelle.

M. Courcelle-Seneuil, que nous avons déjà cité, dit avec raison :

« Il faut que la loi sur la déchéance de la puissance paternelle renforce l'esprit de famille, et surtout qu'elle ne l'affaiblisse pas. L'effet de cette loi sera bon si on n'atteint qu'un petit nombre de pères indignes (1). »

Tel est le but que s'est proposé le législateur, et c'est pour ce motif que la loi nous paraît bonne.

Aussi, tout en reconnaissant ce qu'elle a d'imparfait, tout en constatant des vices de rédaction, des omissions qui, nous l'espérons, seront réparées, des erreurs qui disparaîtront, nous la considérons comme une des plus utiles et des meilleures.

Il est nécessaire de maintenir les principes, et la protection accordée aux enfants ne doit pas énerver la puissance du père de famille. C'est là l'écueil qu'il faut soigneusement éviter. Gardons-nous de tendances philanthropiques trop exagées.

(1) *Journal officiel*, 1888. Doc. parlementaires.

rées. Ce serait un véritable danger social ; mais, en procédant avec sagesse et mesure, on réalisera un grand progrès.

La loi de 1889 est essentiellement humanitaire, comme les lois récentes qui tendent, soit à améliorer la situation de la femme séparée de corps, soit, dans un autre ordre d'idées, à adoucir le sort des condamnés et à prévenir la récidive.

A une époque où d'illustres savants parviennent, par d'admirables découvertes, à sauver la vie de leurs semblables, on peut dire que le législateur qui a proposé cette loi a, lui aussi, sous une forme d'ailleurs plus modeste, bien mérité de l'humanité. Il a agi en véritable bienfaiteur, animé des meilleurs sentiments de charité et de patriotisme.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

Positions prises dans la thèse

La *deductio in domum* était nécessaire à la perfection du mariage, lorsque le mari était absent.

L'action noxale n'était pas une action arbitraire.

Les enfants du père de famille tombé en captivité devenaient *sui juris* à partir du jour même de sa captivité.

Les enfants des *furiosi* devaient demander le consentement de leur père pour pouvoir se marier.

Positions prises hors de la thèse

Les actions divisoires étaient mixtes, en ce sens que le demandeur agissait à la fois en vertu d'un droit de créance et d'un droit réel.

Le concubinat était une union régulière.

Dans l'action négatoire, la preuve incombait au demandeur.

A l'origine, le consentement tacite du père suffisait pour le mariage du fils de famille.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

Positions prises dans la thèse

Les aïeuls et aïeules ne peuvent exercer à l'égard de leurs petits-enfants que les droits qui leur ont été conférés par la loi.

La durée de la détention de l'enfant âgé de moins de seize ans ne peut jamais excéder un mois, même quant elle a lieu par voie de réquisition.

Les parents ne pouvaient être déchus de la puissance paternelle que dans les cas prévus par les articles 334 et 335 du Code pénal, antérieurement aux lois du 7 décembre 1874 et 24 juillet 1889.

On doit entendre par mauvais traitements non seulement les coups et les blessures, mais encore l'abandon

dans lequel les parents laissent leurs enfants, lorsqu'il est de nature à compromettre leur santé, leur sécurité ou leur moralité.

Positions puises hors de la thèse

L'article 504 du Code civil ne s'applique ni aux donations, ni aux testaments.

Le juge et les autres personnes énumérées dans l'article 1597, cessionnaires d'un droit litigieux ne peuvent se prévaloir de la nullité établie par cet article.

Les enfants de celui qui a attenté à la vie du *de cujus* peuvent le représenter après sa mort.

L'acceptation, par l'ascendant, d'une donation offerte à un mineur, a seulement pour but d'empêcher que le mineur n'en perde le bénéfice par la révocation émanant du donateur antérieurement à l'autorisation du conseil de famille.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Il serait désirable que le vote plural, qui atténue le danger du suffrage universel tout en respectant le principe, fut introduit dans nos lois constitutionnelles.

Les traités d'extradition signés par le Président de la République sont valables, sans qu'il soit obligatoire de les soumettre à l'approbation des Chambres.

DROIT PÉNAL

Les condamnations à l'emprisonnement, encourues pour crimes et délits prévus par des lois spéciales, ne font pas obstacle à l'obtention du sursis.

Les excuses légales doivent être prises en considération pour fixer la durée de la prescription de la peine.

L'individu condamné par contumace n'est pas en état d'interdiction légale.

Vu :

Le Président de la thèse,

HENRY MICHEL.

Vu :

Le Doyen,

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

	Pages
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I ^{er} . — Sources de la puissance paternelle.	14
SECTION I ^{re} . — Justes nocēs	14
§ I. — Conditions des justes nocēs	15
1. — Puberté.....	15
2. — Consentement.....	15
3. — Connubium	17
§ II. — Formes du mariage.....	19
SECTION II. — Légitimation....	22
SECTION III. — Adoption	25
CHAPITRE II. — Droits du père sur la personne de l'enfant.	30
SECTION I ^{re} . — Droits d'éducation et de correction..	30
SECTION II. — Droit de vendre l'enfant	36
SECTION III. — Droit de consentir au mariage de l'enfant	39
SECTION IV. — Abandon noxal.....	45
§ 1. — Théorie de l'abandon noxal.....	45
§ 2. — Contre qui se donnait l'action noxale...	50
§ 3. — Distinction entre l'action noxale et l'action arbitraire.....	56

	Pages.
CHAPITRE III.— Extinction de la puissance paternelle	59
SECTION I ^{re} . — Modes d'extinction de la puissance paternelle qui ne brisaient pas les liens d'agnation	59
SECTION II. — Modes d'extinction de cette puissance qui brisaient les liens d'agnation... ..	68
CONCLUSION	76

DROIT FRANÇAIS

I^{re} PARTIE

DROIT ANTÉRIEUR AU CODE CIVIL

Exposé général de la théorie de la puissance paternelle en droit français	81
CHAPITRE I ^{er} . — Droit coutumier	84
SECTION I ^{re} . — Étendue de la puissance paternelle.	84
SECTION II. — Droits d'éducation, de consentement au mariage et de correction	86
SECTION III. — Responsabilité du père de famille...	89
SECTION IV. — Capacité du fils de famille.....	90
SECTION V. — Extinction de la puissance paternelle	92
§ 1. — Émancipation	93
§ 2. — Habitation séparée... ..	93
§ 3 — Dignités ou offices.....	94
§ 4. — Mariage.....	94
§ 5. — Age.....	95
§ 6. — Mort naturelle ou civile	95
CHAPITRE II. — Droit intermédiaire	97

II^e PARTIE

DROIT MODERNE

	Pagès.
CHAPITRE I ^{er} . — Code civil	101
SECTION I ^{re} . — Avant-propos et explication de l'article 371.....	101
SECTION II. — A qui appartient la puissance paternelle.....	104
SECTION III. — Attributs de cette puissance.....	112
§ 1. — Préambule.....	112
§ 2. — Droits de garde et d'éducation.....	114
§ 3. — Droit de correction.....	116
§ 4. — Droits des parents sur leurs enfants naturels légalement reconnus.....	122
SECTION IV. — A qui cette puissance appartient-elle en cas de divorce et en cas de séparation de corps?	123
§ 1. — En cas de divorce.....	124
§ 2. — En cas de séparation de corps.....	127
SECTION V. — Extinction de la puissance paternelle	130
CHAPITRE II. — Législations étrangères.	131
CHAPITRE III. — Lois diverses, Préambule	135
CHAPITRE IV. — Loi du 23 décembre 1874.	137
CHAPITRE V. — Loi du 28 mars 1882.	139
CHAPITRE VI. — Lois sur le travail des enfants employés dans les établissements industriels.	141
CHAPITRE VII. — Articles 334 et 335 du Code pénal.	144
CHAPITRE VIII. — Loi du 7 décembre 1874.	150

III^e PARTIE

DÉCHÉANCE DE LA PUISSANCE PATERNELLE

(Loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés. — Titre I.)

	Pages.
INTRODUCTION.....	153
CHAPITRE I ^{er} . — Cas de déchéance	162
SECTION I ^{re} . — Explication de l'article 1 ^{er}	162
SECTION II. — Explication de l'article 2.....	170
CHAPITRE II. — Quelles sont les personnes qui ont le droit de provoquer cette déchéance?	182
CHAPITRE III. — Procédure de la déchéance	184
CHAPITRE IV. — Effets de la déchéance	188
SECTION I ^{re} . — Droits perdus.....	188
SECTION II. — Exercice des droits perdus.....	191
CHAPITRE V. — Organisation de la tutelle en cas de déchéance	196
SECTION I ^{re} . — Tutelle de droit commun.....	196
SECTION II. — Tutelle officieuse.....	199
CHAPITRE VI. — Restitution de la puissance paternelle	203
CHAPITRE VII. — Législations étrangères	207
CHAPITRE VIII. — Application de la loi du 24 juillet 1889	211
CONCLUSION.....	216
POSITIONS.....	221

